

# اساسی سازی حقوق فرانسه<sup>۱</sup>،<sup>۲</sup>

لویی فاورو<sup>۳</sup>

ترجمه: جواد تقی زاده<sup>۴</sup>

## 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.

**کلیدواژه ها:** اساسی سازی، حقوق فرانسه، قانون اساسی.

---

<sup>۱</sup> تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۸/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۵/۱۲/۱۶

<sup>۲</sup>- La constitutionnalisation du droit français

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

<sup>۳</sup>- Louis FAVOREU

استاد فقید دانشگاه اکس-مارسی فرانسه

<sup>۴</sup>- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

## مقدمه

مسئله اساسی سازی حقوق که قدمت آن در فرانسه به بیش از پانزده سال نمی‌رسد نمی‌توانست بدون کمک حقوق تطبیقی توسعه یابد. بعلاوه، این مسئله کاملاً نشان می‌دهد که اساسی سازی به اتحاد حقوق منجر می‌شود. این دو مسئله دلیل انتخاب چنین موضوعی، «اساسی سازی حقوق»، به منظور مشارکت در نکوداشت استاد رولاند دراگو<sup>۵</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>۶</sup> و مسأله اساسی سازی حقوق یک چیز می‌باشند. هر چند این دو مسئله در اغلب موارد با همدیگر تقارن دارند ولی همیشه به این صورت نیست، زیرا این‌ها دو پدیده متمایز از هم هستند. سردرگمی بین دو مفهوم، ریشه این مسئله را که 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>۷</sup>. استاد فرانسوا لوشر<sup>۸</sup> نیز می‌بایست این مسئله را سال بعد در گزارش علمی فرانسوی به همایش بین‌المللی اکس-آن-پروانس در فوریه ۱۹۸۱<sup>۹</sup> که بعداً در مجله بین‌المللی

---

### ۵- Roland DRAGO

در مقدمه اش بر اولین شماره ویژه مجله بین‌المللی 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: «همه‌ی این پژوهش‌ها به یک نگرش اصیلی دست می‌یابند که تمام متخصصان حقوق تطبیقی باید به آن منتهی شوند».

### ۶- Bases constitutionnelles

۷- 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).

### ۸- François LUCHAIRE

۹- In *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica-PUAM, 1982, p. 55

حقوق تطبیقی سال ۱۹۸۱ شماره ۱۰۲ منتشر شد بررسی می نمود. او همچنین در سه فصلنامه ی حقوق مدنی در آوریل-ژوئن ۱۹۸۲<sup>۱۱</sup> مقاله ای طولانی و بسیار قابل توجه درباره «بنیان های اساسی حقوق مدنی» منتشر نمود. جالب است بیان گردد که امروزه در جهتی کاملاً معکوس به نظر می آید که نهضت اساسی سازی حقوق از مدت ها پیش درک و اعلام شده بود، و اگر از بعضی ها پیروی نمایم، این پدیده قبل از اینکه به وجود بیاید اعلام شده بود. در این راستا اشتباها به مقاله مشهور استاد ودل<sup>۱۲</sup> درباره «بنیان های اساسی حقوق اداری» منتشره در سال ۱۹۵۴<sup>۱۳</sup> که منجر به جواب مشهور شارل ایزنمان<sup>۱۴</sup> در سال ۱۹۷۲<sup>۱۵</sup> شد متوسل می گردند. همان گونه که استاد ودل خودش در سال ۱۹۸۹<sup>۱۶</sup> بیان نمود:

«سی سال بعد نه ایزنمان نه من نمی توانیم گفته هایمان را دوباره بنویسیم مگر از دید تاریخی یقیناً. آن مباحثه الان منسوخ است».

در واقع، بحث به هیچ وجه بر روی موضوعی یکسان با آنچه که امروزه مطرح است متمرکز نبود. استاد ودل از این امر دفاع می کرد که قانون اساسی، نظام اداری یعنی تشخیص حقوق اداری را بنا می نماید 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 براساس آنها استاد ودل نظام اداری را تعریف می نماید بتوانند بنیانی در قانون اساسی بیابند<sup>۱۷</sup>. موضوع عبارت بود از بحث درباره توجیه وجود یک «نظام اداری» یعنی حقوق مستقل و خاص در برابر حقوق خصوصی و دیگر گرایش های حقوق: این موضوع در چشم انداز تمایز و استقلال حقوق عمومی در برابر حقوق خصوصی جای می گیرد، در حالی که پدیده اساسی سازی گرایش های مختلف حقوق تلاش می نماید تا تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی را محو نماید. بهترین دلیل در این رابطه این است که در سال ۱۹۷۴، در مقاله اش 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 خم های حقوق اداری نسبت به پیچ و خم های حقوق اساسی بر چه چیزی استوار است»<sup>۱۸</sup>. به همین دلیل، در نتیجه گیری ی گفته هایش در مورد

---

<sup>۱۰</sup>- Voir surtout p. 300-309

<sup>۱۱</sup>- *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 245-382

<sup>۱۲</sup>- Doyen VEDEL

<sup>۱۳</sup>- "Les bases constitutionnelles du droit administratif", EDCE 1954, p. 21-53

<sup>۱۴</sup>- Charles EISENMANN

<sup>۱۵</sup>- "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *RD* 1972, p. 1335-1441

<sup>۱۶</sup>- In *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris 1990, p. 178 ; *RFDC* 1- 1990, p. 5

<sup>۱۷</sup>- "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *RD* 1972, p. 1345-1422

<sup>۱۸</sup>- *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 777 et s.

پیوستگی اساسی از ۱۷۸۹ تا ۱۹۸۹، او در سال ۱۹۸۹ نتیجه‌گیری می‌کند که «سی سال پیش ما می‌توانستیم کتاب حقوق‌اداری بنویسیم بدون یک کلمه از حقوق‌اساسی»، در حالی که «امروزه حتی نویسندگان مدافع شدید جدایی رشته‌های حقوق‌اداری و اساسی ناچارند تا مباحثی طولانی از حقوق‌اساسی را در کتاب‌های حقوق‌اداری شان وارد نمایند».

چنین مطلبی به این دلیل قابل توجه است که تا میانه سال‌های هفتاد (میلادی)، سخن از اساسی‌سازی گرایش‌های حقوق‌مشکل می‌نمود، زیرا این پدیده اگرچه در مورد منابع حقوق‌ظهور کرده بود، به صورت واقعی آغاز نگردید مگر با توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین. جریانی که در خارج -نه تنها در ایالات متحده بلکه در آلمان و ایتالیا از سال‌ها 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>۲۰</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 به مورد فرانسوی منتقل کرد. اگر چه بعضی‌ها می‌خواهند تا مسئولیت انتشار مفهوم اساسی‌سازی گرایش‌های حقوق را به من نسبت دهند<sup>۲۱</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 اساسی‌سازی حقوق ارایه گردد.

## مبحث اول: فرایند اساسی‌سازی<sup>۲۲</sup>

غالبا به این دلیل که بر عکس سایر سیستم‌های دادرسی اساسی<sup>۲۳</sup> سیستم فرانسوی به افراد اجازه دسترسی به قاضی‌اساسی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم را نمی‌دهد، مساله وجود فرایند اساسی‌سازی حقوق در فرانسه مورد انکار قرار می‌گیرد. حتی تاکید می‌گردد که اساسی‌سازی به صورت واقعی اتفاق

<sup>۱۹</sup>- "La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989", *RFDC* 1- 1990, p. 5-17

<sup>۲۰</sup>- Michel FROMONT

<sup>۲۱</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>۲۲</sup>- Processus de constitutionnalisation

<sup>۲۳</sup>- Justice constitutionnelle

نمی‌افتد مگر زمانی که «استثنای غیراساسی بودن»<sup>۲۴</sup> که از آن از سال‌های ۹۰-۱۹۸۹ سخن می‌رود مستقر گردد.

فرایند اساسی‌سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد به دادرسی اساسی وابسته نیست<sup>۲۵</sup>. در عوض بدون دادرسی اساسی این فرایند یقیناً ظهور نمی‌یافت. امری که نظریه معروف یکسانی وضعیت حقوق با یا بی دادرسی اساسی را ردّ می‌نماید<sup>۲۶</sup>.

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

### قسمت الف: انباشت هنجارهای اساسی<sup>۲۷</sup> - ایجاد یک نوع «ذخیره» یا مخزن - از طریق

توسعه رویه قضایی اساسی پدیده‌ای مخصوص فرانسه نیست.

۱- در واقع این پدیده در تمام کشورهای 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 شناخته شده 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 اساسی بودن قوانین»<sup>۲۸</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.

<sup>۲۴</sup> - Exception d'inconstitutionnalité

<sup>۲۵</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>۲۶</sup> - Cf. en ce sens P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *RFDC* 5-1991 p. 47

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

<sup>۲۷</sup> - Accumulation des normes constitutionnelles

<sup>۲۸</sup> - Contrôle de la constitutionnalité des lois

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 خصوصا از سال های 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 اساسی بودن به بعد از ۱۹۷۴ مربوط است و ۸۲ درصد این مجموعه به کمتر از دوازده سال مربوط می‌باشند.<sup>۲۹</sup>

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

۳- نهایتا، اگر چه فن نظارت پیشینی<sup>۳۰</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>۳۱</sup> به استقرار رویه قضایی طولانی و غالبا 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 آغستن نظم حقوقی به این هنجارها<sup>۳۲</sup> در

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

۱- آغستن 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 کم کم به عنوان قاعده حقوقی لحاظ گردید: هنجاریت قانون اساسی<sup>۳۳</sup> به مرور زمان پذیرفته شد، هر چند تصور این امر هنوز برای نسل های حقوق دانانی که با روحیه دیگری آموزش دیده‌اند مشکل می‌باشد. نسل‌های جدید بسیار راحت تر می‌پذیرند که همچون در آلمان، ایتالیا یا اسپانیا، «قانون اساسی حقوق است»: قواعد اساسی مستقیما توسط قضات عادی، مقامات اداری یا اشخاص قابل اجرا می‌باشند.

<sup>۲۹</sup> - Cf. notre présentation du *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Litec, 1994 (mis à jour 1995).

<sup>۳۰</sup> - Technique du contrôle *a priori*

<sup>۳۱</sup> - Contrôle *a posteriori*

<sup>۳۲</sup> - Diffusion des normes constitutionnelles et l'imprégnation de l'ordre juridique par celles-ci

<sup>۳۳</sup> - Normativité de la Constitution

موضع گیری سنتی، دفاع شده توسط ژرژ ودل و پیر دل وُلو در سال ۱۹۷۹<sup>۳۴</sup> که به موجب آن «در برخی موارد اصول اساسی نمی توانند مستقل از قانون اعمال گردند» در حالی که «همین اصول می توانند 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 می گردیدند (به عنوان مثال: «ملت بر شخص و بر خانواده شرایط لازم برای رشد شان را تضمین می نماید»)، امروزه نه تنها مستقیماً توسط قاضی عادی اعمال شده اند بلکه نقض آن ها می تواند منجر به ابطال به دلیل تجاوز از حدود اختیارات<sup>۳۵</sup> گردد: لذا در رأی دام مونچو<sup>۳۶</sup> مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۸۰، شورای دولتی حق بر گردهم آوری خانوادگی<sup>۳۷</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 می گیرد که در مورد قوانین مهم ارجاعی به شورای قانون اساسی، این شورا تدریجاً با استفاده از فن مطابقت مشروط<sup>۳۸</sup> به نوعی تفسیر مورد نظر خود را در متن این قوانین می گنجاند. در نتیجه قوانین به مثابه ابزارهایی قرار می گیرند که هنجارهای اساسی را به مرور زمان به اجرا در می آورند و در مجموعه حقوقی پخش می نمایند.

در وضعیت کنونی، این وظیفه ی اساسی قوانین به صورت مشروط مطابق با قانون اساسی نسبتاً به صورت اندک توسط حقوق دانانی - قضات و وکلا- که کمتر با رویه قضایی اساسی آشنا هستند استفاده می گردد. اما این وضعیت از طریق بهره برداری نسل های 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 می گردند». این مکانیسم می تواند ابتدایی و یا به صورتی دقیق تر ناقص به نظر آید، لذا برخی تلاش کردند تا آن را کامل کنند. ولی این مکانیسم بسیار بیشتر از آنچه که نشان می دهد دارای

<sup>۳۴</sup>- In *RIDC*, n° spécial, vol. I (1979), p. 130.

<sup>۳۵</sup>- Excès de pouvoir

<sup>۳۶</sup>- Dame MONTCHO

<sup>۳۷</sup>- Droit au regroupement familial

<sup>۳۸</sup>- به موجب فن مطابقت مشروط، شورای قانون اساسی بودن قانون موضوع نظارت را به شرطی می پذیرد که این قانون مطابق با تفسیری که خود او از متن آن ارایه می دهد اجرا گردد. این امر به نوعی مداخله در صلاحیت تقنینی پارلمان محسوب می گردد و قابل

انتقاد است. م

کارایی است. بعلاوه، حتی در مواردی که تصمیمات شورای قانون اساسی نیازی به اجرا ندارند نیز اثراتی را بجا می‌گذارند. نهایتاً، هنجارهای اساسی بدون نیاز به تضمین مرجعی قضایی، حاوی اقتدار هستند.

۲- معمولاً دو مانع (نادرست) بر سر راه انتشار هنجارها بیان می‌گردند: فقدان مکانیسم تضمین‌گر احترام به تصمیمات شورای قانون اساسی توسط قاضی عادی و نیز اِکران قانونگذار<sup>۳۹</sup>.

الف) مواجه شدن با کسانی که مدت‌ها از وجود دیوان‌های اساسی اروپایی بی‌خبر بودند و الان یک‌دفعه مکانیسم‌های تضمین‌دهنده به این دیوان‌ها به منظور تبعیت از تصمیمات شان توسط قاضی عادی را، برای مقابله با ناتوانی سیستم فرانسه، پیش می‌کشند، تعجب‌آور است. در واقع، اثبات تقابل کامل بین سیستم‌های فرانسوی و خارجی باید به صورت جدی مورد تردید قرار گیرد.

از یک سو، علی‌رغم وجود مکانیسم‌های مذکور، باز ممکن است مقاومت‌هایی توسط مراجع قضایی عادی وجود داشته باشد: مثلاً در ایتالیا، دیوان تمیز مدت‌ها در مقابل دیوان قانون اساسی مقاومت نمود؛ همچنین، این گونه نبوده است که دیوان عالی ایالات متحده همیشه توسط دیوان‌های پایین‌تر مورد پیروی قرار گیرد. از سوی دیگر، در فرانسه مراجع قضایی اداری و عادی همیشه از تصمیمات شورای قانون اساسی تبعیت نموده‌اند 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 گرفته‌اند و آموزه‌ها نیز به صورت وسیعی این وضعیت را تشریح نموده‌اند. نمی‌توان حتی یک تصمیم دیوان تمیز و یا شورای دولتی را ارایه نمود که احیاناً اعتبار امر قضاوت شده تصمیمات شورای قانون اساسی را به رسمیت نشناخته باشد.

در حقیقت، سوال در مورد تبعیت از رویه قضایی<sup>۴۰</sup> شورای قانون اساسی مطرح است. این امر که قضات عادی جز نسبت به تصمیمات<sup>۴۱</sup> شورای قانون اساسی<sup>۴۲</sup> اجباری بر اعطای اعتبار امر قضاوت شده ندارند، صحیح می‌باشد. 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 می‌نمایند.

---

<sup>۳۹</sup>- Ecran législatif

<sup>۴۰</sup>- Jurisprudence

<sup>۴۱</sup>- Décisions

<sup>۴۲</sup>- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., n° 13.



این پدیده در ابتدا در مورد مراجع قضایی اداری، به ویژه در میان نتیجه‌گیری‌های کمیسردولت و نیز در مطالعات متنوع اعضای شورای دولتی مشاهده گردید<sup>۴۳</sup>. به صورت بسیار گویا می‌توان 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 گذشته‌اش 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 می‌نماید، این انتخاب ها خودش دارای اثراتی بر روی دامنه اختیارات 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 نسل های جدید اعضای شورای دولتی به شیوه‌ای بسیار آشکار ظهور دارد. مثلاً آقای ژ. تورو<sup>۴۴</sup>، مستشار شورای دولتی، به صورت ویژه‌ای از رویه قضایی شورای دولتی در مساله مجازات های مالیاتی انتقاد می‌نماید زیرا قاضی‌اداری از تبعیت کردن از رویه قضایی شورای قانون اساسی که به وضوح از حقوق مستخدمان بیشتر حمایت می‌کند، سر باز می‌زند. آقای تورو، برای به شدت محکوم کردن نقایص نظارت اعمالی توسط شورای دولتی در حوزه مجازات های مالیاتی، تا آنجا پیش می‌رود که از «مناطق ترانزیت» حقوق اداری سخن می‌راند.

کاملاً روشن است که اگر چه قاضی عادی ملزم نیست تا از رویه قضایی شورای قانون اساسی تبعیت نماید، برای او بسیار سخت خواهد بود تا در موردی که راه‌حل‌های قاضی‌اساسی در مقایسه با راه‌حل‌های او در مورد حقوق بنیادین لیبرال تر و حمایت کننده ترند، پیروی ننماید.

رویه قضایی عادی در حال شناسایی تحوّل مشابه رویه قضایی اداری است؛ و آنچه که می‌تواند از طرف قاضی عادی به امور سرعت دهد این است که او سریعاً مزیت دریافتی از ارجاع به هنجارهای اساسی را، 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>۴۵</sup>، قاضی عادی مالیاتی، جهت احترام گذاشتن به تضمینات مورد نظر رویه قضایی اساسی در تصمیم بازرسی‌های مالیاتی<sup>۴۶</sup> مورخ ۲۹ دسامبر ۱۹۸۳ سخت گیرتر است<sup>۴۷</sup>.

---

<sup>۴۳</sup>- Voir sur l'ensemble, FAVOREU et RENOUX, *op. cit.*

<sup>۴۴</sup>- "Pénalités fiscales : une "zone de transit" du droit administratif", RJF 4 1992, p. 263 et s.

<sup>۴۵</sup>- Visites domiciliaires

<sup>۴۶</sup>- Perquisitions fiscales

<sup>۴۷</sup>- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., n° 35.

لذا فقدان مکانیسم تضمین گر احترام به تصمیمات شورای قانون اساسی مانعی برابر انتشار هنجارهای اساسی و به صورت دقیق تر دریافت رویه قضایی اساسی توسط مراجع قضایی عادی نمی باشد. (ب) مانع دوم که غالباً ارایه می گردد عبارت است از «اِکِران قانونگذار». اِکِران قانونگذار فنی است که خصوصاً توسط قاضی اداری استفاده می گردد: این فنّ به قاضی اداری اجازه می دهد تا از بررسی اساسی بودن یک عمل اداری<sup>۴۸</sup> به این دلیل که این عمل بر روی یک مقررّه قانونی مبتنی است، سر باز زند. لذا قانون به مثابه پرده ای بین این عمل اداری و قانون اساسی قرار می گیرد 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 می باشد 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 نمی شود: عموماً مقررات مذکور در قانون محتوای عمل آیین نامه ای را دستور نمی دهند. یکی از موارد بسیار شگفت انگیز عبارت است از موضوع سازمان و نظام داخلی زندان ها که فقط بر اساس ارجاع به نفع قدرت آیین نامه ای توسط ماده ۷۲۴ قانون، در ۵۰۰ ماده در قسمت آیین نامه ای مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی کیفری مشخص گردیده اند. در این مورد می توان گفت که یقیناً صلاحیت قدرت آیین نامه ای مورد تردید نیست زیرا این صلاحیت توسط قانون اعطا گردیده است و لذا نظریه اِکِران قانونگذار در اینجا بازی می کند، 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 زندان ها وجود ندارد. چنین استدلالی توسط کمیسردولت آبراهام در یک پرونده جدید پذیرفته شد و شورای دولتی از آن پیروی نمود<sup>۴۹</sup>: آقای آبراهام گفت که اگرچه نمی توان قاعده مندی فرمان<sup>۵۰</sup> را از نقطه نظر صلاحیت قدرت آیین نامه ای اعتراض کرد، این قاعده مندی در عوض می تواند به دلیل نقض اصل اساسی ی برابری مورد اعتراض قرار گیرد. شورای دولتی در واقع بررسی نمود که مقررات آیین نامه ای مورد اعتراض، اگرچه «بر روی صلاحیت

---

با اشاره به این رویه قضایی در مجله حقوق مالیاتی، یکی از مفسران به این صورت نتیجه گیری می نماید: «در مجموع، با اتکا بر تصمیمات شورای قانون اساسی، رویه قضایی دیوان تمیز چنان سخت گیر است که به صورت قابل ملاحظه ای وظیفه اداره را مشکل می نماید».

(Droit fiscal, 1992, p. 96).

<sup>۴۸</sup>- Constitutionnalité d'un acte administratif

<sup>۴۹</sup>- RDP 1992, p. 1429

<sup>۵۰</sup>- Décret

اعطایی به قدرت آیین نامه‌ای توسط ماده ۱-۱۱۱ مجموعه قوانین شهرسازی» مبتنی می‌باشند، «مخالف اصل اساسی حق مالکیت» نیستند. کمیسر دولت در این فرصت به نظریه «اکران شفاف» که سابقا در پرونده‌ای مورد استفاده قرار گرفته بود متوسل شد: «اکران» «شفاف» است زیرا هیچ گونه مقررّه ماهوی در قانون وجود ندارد که بین فرمان و قانون اساسی واسطه گردد.

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>۵۱</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 غالبا دستاویزی برای عدم اعمال قانون اساسی و سانسور نکردن اداره بوده است. مسلما 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 مساله که قانونگذار صلاحیت اختصاصی خود را به آسانی با ارسال به قدرت آیین نامه‌ای نفی ننماید، نظارت می‌کند)؛ ولی در اکثر موارد وساطت مقررّه قانونگذاری بین عمل اداری و قانون اساسی واقعا موجود نیست.

ج) مضافاً باید اشاره نمود که نسبت به قوانین مصوّب قبل از قانون اساسی می‌توان به نسخ آنهایی 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>۵۲</sup>. اما این مشی به مرور زمان خصوصاً توسط قاضی اداری با تشویق‌های آموزه‌ها مورد پیروی قرار می‌گیرد، اگر چه بخشی از آموزه‌ها<sup>۵۳</sup> بر این امر تاکید می‌ورزند که ناسازگاری باید آشکار باشد<sup>۵۴</sup>.

در هر صورت، مسایل 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 سخت

---

<sup>۵۱</sup>- Principe fondamental reconnu par les lois de la République

<sup>۵۲</sup>- Cf. J. TREMEAU, "La caducité des lois incompatibles avec la Constitution", *Ann. Int. Just. Constit.* VI-1990, Paris, 1992, p. 219-321

<sup>۵۳</sup>- R. DRAGO et A. DECOCQ, *JCP* 1984-II-20160

<sup>۵۴</sup>- Cf. B. GENEVOIS, *la jurisprudence constitutionnelle*. Principes directeurs, S.T.H., 1988.

گیرتر از مقررات راجع به مردان مذهبی بود را بر اساس پیشگفتار قانون اساسی اعلام نمود. تصمیم بوتن مورخ ۲۲ ژانویه ۱۹۸۲ سابقا حکم نمود که یک مقررہ آیین نامہ‌ای مخالف با اصل برابری در برابر قانون<sup>۵۵</sup> دیگر قانونا از زمان تصویب قانون اساسی سال ۱۹۴۶ قابل اجرا نیست. از طریق اعمال همین استدلال بر یک مقررہ 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 داد<sup>۵۶</sup>.

۳- مانع واقعی آن است که از جهل کارورزان حقوق-قضات و وکلا- راجع به وجود زرآدخانه یا مخزن خارق العاده 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 رخنه ای وجود ندارد، بلکه فقط به این دلیل که قضات و وکلا هنوز «بازتاب اساسی<sup>۵۷</sup>» ندارند، یعنی عکس‌العملی دایر بر این که در هر دعوی از خود پرسند که آیا زوایای اساسی<sup>۵۸</sup> نباید مطرح گردند. حقوق دانان فرانسوی -بر عکس همکاران آمریکایی و نیز آلمانی، ایتالیایی و امروزه اسپانیایی و پرتغالی شان- به وجود مجموعه قواعد اساسی کاملا 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 بگذرانند و «بازتاب اروپایی یا اتحادیه‌ای<sup>۵۹</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، نادرند، بلکه به این دلیل که بازتاب معکوس آن به شدت نزد آموزش دهندگان لنگر انداخته است: یعنی این برداشت که حقوق اساسی واقعا از حقوق نیست و اینکه قانون اساسی 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

---

<sup>۵۵</sup>- Principe d'égalité devant la loi

<sup>۵۶</sup>- EDCE n° 42, p. 81 (Rapport public 1990).

<sup>۵۷</sup>- Réflexe constitutionnel

<sup>۵۸</sup>- Aspects constitutionnels

<sup>۵۹</sup>- Réflexe européen ou communautaire

بی‌اساس نیست؟ آیا قبلاً توسط شورای قانون اساسی اظهارنظر نشده است؟) پاسخ گویند در حالی که به صورت گسترده از رویه قضایی شورای قانون اساسی که تا این سال‌های اخیر هرگز در دانشکده‌های حقوق، نه در مدرسه ملی قضات یا در مدرسه ملی اداری تدریس نگردیده‌اند بی‌اطلاعند.<sup>۶۰</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>۶۱</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>۶۲</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>۶۳</sup>، امروزه حقوق اساسی تحت تاثیر رویه قضایی شورای قانون اساسی قضایی

---

<sup>۶۰</sup> - Voir en ce sens, nos observations in *RFDC* 4-1990, p. 581 et s.

<sup>۶۱</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>۶۲</sup> - Constitutionnalisation - juridicisation

<sup>۶۳</sup> - L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, 1978 p. 120

گردیده است. بیانی که در سال ۱۹۸۰<sup>۶۴</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>۶۵</sup>. مطمئنا تمام عناصر حیات سیاسی چنین سازماندهی حقوقی را دریافت نموده‌اند؛ اما مسلما قضایی شدن حیات سیاسی از گسترش خود باز نخواهد ماند، حال دل‌تنگ‌های «حکومت غیر قانون مدار»<sup>۶۶</sup> و «قانون‌اساسی انعطاف پذیر»<sup>۶۷</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>۶۸</sup> نامید نمود می‌یابد.

**۲- اساسی سازی - ارتقاء دادن**<sup>۶۹</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>۷۰</sup> بیان نمود، سیستم منابع اصولا قانونگذاری بوده است، به این معنی که قانون مستقلا 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 پیچیده‌گویی‌های بی سابقه مستقر نمود<sup>۷۱</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 - و این بزرگترین ابتکار قانون اساسی سال ۱۹۵۸ می‌باشد - بر قانونگذار عادی نیز تحمیل می‌گردد. با ارتقاء دادن یک درجه‌ای سطحی که تقسیم صلاحیت

---

<sup>۶۴</sup>- Pouvoirs n° 13 p. 23

<sup>۶۵</sup>- Paris, Economica, 1988.

<sup>۶۶</sup>- Etat de non droit

<sup>۶۷</sup>- Constitution élastique

<sup>۶۸</sup>- "Mise en effectivité" des dispositions du texte constitutionnel

<sup>۶۹</sup>- Constitutionnalisation - élévation

<sup>۷۰</sup>- Carré de Malberg

<sup>۷۱</sup>- Cf. mes observations in Rapport introductif au colloque sur "L'écriture de la Constitution de 1958", Paris, Economica et PUAM, 1992.

هنجارسازان را مشخص می‌نماید، قانون اساسی ۱۹۵۸ - تفسیر شده توسط شورای قانون اساسی - پارلمان را از قدرت خود تعریفی صلاحیتش محروم نموده است.<sup>۷۲</sup>

همان گونه که در سال ۱۹۷۷ بیان نمودم<sup>۷۳</sup>، اساسی سازی تقسیم صلاحیت ها موجب " لیز خوردن " 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>۷۴</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 می‌رود، 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

---

<sup>۷۲</sup>- Cf. J. TREMEAU, *La réserve de loi*, thèse, Aix-Marseille III, janvier 1994

<sup>۷۳</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>۷۴</sup>- Constitutionnalisation - transformation

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

**۱- نوسازی حقوق<sup>۷۵</sup>** یکی از اثرات اساسی سازی است، به این معنی که غالباً تغییر شکل حقوق با نوسازی او نمود می‌یابد. این نوسازی مترادف است با آزادی‌گرایی زیرا دگرگونی‌ها به عنوان پیشرفت‌هایی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می‌گردند. مثال‌هایی ارایه خواهند شد ولی مسلماً فقط با مطالعه‌ای عمیق می‌توان 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>۷۶</sup>. همچنین، حمایت اساسی‌ای 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 قدیمی‌ای را که اداره مالیات را مجاز می‌نمود تا گذرنامه مودیان بدپرداز را بگیرد حذف نمود<sup>۷۷</sup>. اداره مالیات بیش از پیش ملزم است تا روش‌های خود را تحت فشار یا تحت تاثیر اصول اساسی تغییر دهد<sup>۷۸</sup>.

همچنین می‌توان 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 گونه‌ای که در مطالعه ارزشمند فرانک مدرن<sup>۷۹</sup> فهمیده می‌شود چهره‌اش کاملاً تغییر کرده است. در موضوع حقوق کار، مواردی که در آنها راه حل‌های قدیمی، کمتر حامی حقوق افراد، مجبور شدند تا جای خود را به راه حل‌های جدیدتر دهند، زیاد می‌باشند. این مساله بارها اثبات گردیده است و اخیراً نیز توسط برتراند ماتیو<sup>۸۰</sup> تبیین گردید. در میان بارزترین مشخصه‌ها می‌توان به مواردی که به موجب آنها آزادی ازدواج مانع از حضور برخی شرایط در مقررات داخلی یا در قراردادهای کار می‌گردند؛ یا به اصل عدم تبعیض در استخدام یا اخراج کارکنان اشاره نمود. در قلمرو حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری

---

<sup>۷۵</sup>- Modernisation du droit

<sup>۷۶</sup>- Cf. Cass. 15 déc. 1988, *JCP* 1988-II-21263 obs. DUGRIP.

<sup>۷۷</sup>- TC 9 juin 1986, *Eucat*, *JCP* 1987-II-20747 note PACTEAU.

<sup>۷۸</sup>- Voir en ce sens l'étude de J. TUROT précitée.

<sup>۷۹</sup>- *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, 1993

<sup>۸۰</sup>- Bertrand MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1992



می‌توان تاثیر مفید اصول اساسی اماره بی‌گناهی<sup>۸۱</sup> (اصل برائت) یا عطف به ماسبق شدن قوانین کیفری ملایم‌تر و یا احترام به حقوق دفاعی<sup>۸۲</sup> را ذکر نمود. در تمام بخش‌ها اصل برابری با جنبه‌های متنوع اش نوسازی حقوق را به وسیله پایان دادن به برخی از تبعیض‌ها تضمین می‌نماید.

## ۲- اتحاد نظم حقوقی<sup>۸۳</sup> بدون شک توسط فرایند اساسی سازی تسهیل شده است.

مراد این نیست تا استدلالاتی که چند سال پیش صورت گرفته‌اند<sup>۸۴</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 تدریجا 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 مستقیمی توسط قاضی اداری و نیز توسط قاضی عادی استفاده می‌شوند و بنابر این تدریجا جایگزین اصول کلی حقوق می‌گردند. مثلا نه تنها می‌توان موارد فوق الذکر در رابطه با قاضی اداری را (آراء کانتن یا انجمن اساتید موزه تاریخ طبیعی) که به آنها آراء دیوان های اداری تجدید نظر را باید اضافه نمود، ذکر کرد، بلکه تصمیمات اخیر دیوان تمیز یا دیوان های تجدید نظر را هم باید افزود<sup>۸۵</sup>.

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

---

<sup>۸۱</sup>- Présomption d'innocence

<sup>۸۲</sup>- Droits de la défense

<sup>۸۳</sup>- Unification de l'ordre juridique

<sup>۸۴</sup>- *In Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Paris, 1988

<sup>۸۵</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).

اصول کلی حقوق، استخراجی توسط شورای دولتی، با همان وضعیت توسط مراجع قضایی عادی مورد پذیرش قرار نمی گرفتند و این مراجع قضایی با توجه به نیازهای خود اصول کلی مخصوص به خود را کشف می نمودند. گسترش قلمرو آیین نامه‌ای می توانست به تحول قاضی اداری از «نگهبان قانونی بودن اداری»<sup>۸۶</sup> به «نگهبان اداری قانونی بودن»<sup>۸۷</sup> منجر شود<sup>۸۸</sup>. اما این تحول که تحقق آن راسا در دوره گسترش قدرت آیین نامه‌ای<sup>۸۹</sup> مشکل می آمد، با گسترش صلاحیت قانونگذاری متوقف گردید.

مواعی که اصول کلی حقوق استخراجی توسط شورای دولتی با آنها مواجه گردیدند<sup>۹۰</sup>، قابلیت مخالفت با هنجارهای اساسی را ندارند. در واقع هنجارهای اساسی که توسط شورای قانون اساسی اجرا می گردند بر تمام مقامات قضایی تحمیل می گردند و انتشار آنها بر اثر دوگانگی محاکم<sup>۹۱</sup> (بر خلاف اصول کلی حقوق) با مشکل مواجه نمی شوند. بعلاوه، ماهیت اساسی این هنجارها به آنها در برابر مراجع قضایی اقتداری بالاتر از اقتدار سایر هنجارها، به ویژه اصول کلی حقوق، اعطا می نماید.

به همین دلیل امروزه مثلا حق مالکیت یا حقوق دفاعی به شیوه‌ای واحد توسط مراجع قضایی اداری و عادی اعمال می گردند.

**۳- تسهیل نظم حقوقی**<sup>۹۲</sup> نیز توسط اساسی سازی (همان گونه که در مطالعاتی که قبلا به آنها رجوع دادیم ذکر گردیده‌اند<sup>۹۳</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 «خنثی سازی» 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

<sup>۸۶</sup>- *gardien de la légalité administrative*

<sup>۸۷</sup>- *gardien administratif de la légalité*

<sup>۸۸</sup>- Selon la formule de J. RIVERO in *Mélanges Waline*, II, p. 707

<sup>۸۹</sup>- ژان ری ورو خطرهای تعارضات و تضاد بین دو نظم دادگاهی 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>۹۰</sup>- Cf. *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, *op.cit.*

<sup>۹۱</sup>- dualité de juridictions

<sup>۹۲</sup>- Simplification de l'ordre juridique

<sup>۹۳</sup>- "Dualité ou unité de l'ordre juridique", in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, *op.cit.*

گردیده است؛ و از سوی دیگر، با سلسله مراتب هنجارهای مرجع: در رأس آنها هنجارهای اساسی<sup>۹۴</sup> که در بین آنها سلسله مراتبی وجود ندارد، سپس هنجارهای با ارزش قانونی و در سطح مادون قانونی و فرامانی، اصول کلی حقوق و در نهایت هنجارهای با ارزش آیین نامه‌ای و احتمالاً اصول کلی درجه دوم مواجه می‌گردیم.

مساله جایگاه هنجارهای بین‌المللی 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 بین‌المللی از آنها برتر می‌باشند.

### نتیجه‌گیری

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>۹۵</sup> و تنظیم کننده اصلی عبارت است از شورای قانون اساسی و لذا مجموعه نظم حقوقی حول این دو قطب سازماندهی دوباره می‌گردد.

مسایل دیگر همانند سابق نیستند. قانون در آن زمان به عنوان میزان عالی<sup>۹۶</sup> بوده است اما امروزه قانون اساسی میزان عالی است. سابقاً از اصل قانونی بودن<sup>۹۷</sup> صحبت می‌شد، امروزه از اصل اساسی بودن<sup>۹۸</sup> سخن می‌رود. فرا قانونی بودن<sup>۹۹</sup> به نظر اندکی نمادین می‌آمد و نظارت بر احترام به آن به عنوان یک هدف مورد انتظار یا به عنوان یک تحول، مورد آرزو و یا اجتناب‌ناپذیر می‌آمد، امروزه همین مساله برای فرا اساسی بودن<sup>۱۰۰</sup> نیز صادق است.

<sup>۹۴</sup> - همراه با هنجارهای بین‌المللی و اروپایی.

<sup>۹۵</sup> - و نیز هنجارهای اتحادیه ای و اروپایی.

<sup>۹۶</sup> - "Le mètre suprême"

<sup>۹۷</sup> - Principe de légalité

<sup>۹۸</sup> - Principe de constitutionnalité

<sup>۹۹</sup> - Supra-légalité

<sup>۱۰۰</sup> - Supra-constitutionnalité

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>۱۰۱</sup> یا «حقوق سیاسی» نمی‌باشد، بلکه یک حقوق واقعی است - بنا نمایند.

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>۱۰۲</sup> و یا به شیوه‌ای کلی‌تر اروپایی شدن حقوق<sup>۱۰۳</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>۱۰۴</sup>، می‌توان دریافت که این مساله محقق نیست و اینکه اساسی سازی می‌تواند بهتر پیشرفت نماید با توجه به اینکه او مسلماً در سازگاری بهتری با حقوق ما می‌باشد و راحت‌تر مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

---

#### ۱۰۱- droit de préambule

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 در «پیشگفتار» - مفهومی مبهم و مرموز 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.

#### ۱۰۲- Communautarisation

#### ۱۰۳- Européanisation du droit

۱۰۴- Cf. notre étude, "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht", RGDI 1993, p. 39