

# اصول فرا قانون اساسی و حاکمیت ملی<sup>۱</sup>

مناظره لویی فاوورو<sup>۲</sup> و ژرژ ودل

مترجم: علی اکبر گرجی<sup>۳</sup>

## چکیده

نشریه فرانسوی قوا (Pouvoirs) (در سال ۱۹۹۳ در شماره ۶۷ خود مطلب گفتگو مانندی را از دو استاد برجسته حقوق اساسی فرانسه یعنی آقای لویی فاوورو (L.) FAVOREU و استاد زنده یاد ژرژ ودل (G.) VEDEL به چاپ رساند. موضوع اصلی این گفتگو مساله وجود و کم و کیف اصل یا اصول مافوق قانون اساسی بود. صرف نظر از نقدهایی که می توان از زاویه حقوق اساسی و فلسفه سیاسی به هر دو دیدگاه وارد ساخت، باید بر آن بود که این گفتگو یکی از کم نظیرترین مجادله های حقوق اساسی است و یقیناً می تواند در سپهر حقوقی ایران الهام بخش باشد.

کلیدواژه ها: حاکمیت ملی، قانون اساسی، فلسفه سیاسی.

---

<sup>۱</sup> تاریخ دریافت: ۱۳۸۲/۹/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۲/۱۲/۱

<sup>۲</sup> لویی فاوورو استاد شهیر حقوق اساسی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه اکس-مارسی، مدیر گروه مطالعات و تحقیقات درباره دادگستری اساسی و یکی از دو مدیر مسوول نشریه فرانسوی حقوق اساسی می باشد. ایشان در حال حاضر (یکی از) برجسته ترین اساتید حقوق اساسی در فرانسه است و تاکنون با آثار بسیار متعدد و نظریه های جدید خود تاثیرات انکارناپذیری را در عرصه حقوق عمومی و حقوق اساسی فرانسه داشته است.

<sup>۳</sup> دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه نانت-فرانسه

## مقدمه مترجم :

نشریه فرانسوی قوا (قدرتها) Pouvoirs در سال ۱۹۹۳ در شماره ۶۷ خود مطلب گفتگو ماندی را از دو

استاد برجسته حقوق اساسی فرانسه یعنی آقای **لویی فاورو** (L.) FAVOREU و استاد زنده یاد **ژرژ ودل** (G.) VEDEL به چاپ رساند. موضوع اصلی این گفتگو مساله وجود و کم و کیف اصل یا اصول مافوق قانون اساسی بود. صرف نظر از نقدهایی که می توان از زاویه حقوق اساسی و فلسفه سیاسی به هر دو دیدگاه وارد ساخت، باید بر آن بود که این گفتگو یکی از کم نظیرترین مجادله های حقوق اساسی است و یقیناً می تواند در سپهر حقوقی ایران الهام بخش باشد.

با یادآوری اینکه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرراتی چون اصل ۱۷۷ مبنی بر تغییر ناپذیر بودن « محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی و پایه های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی و دین و مذهب رسمی ایران »، وجود دارد، اهمیت این مجادله بیش از پیش نمایان می شود.

شاید بتوان بنا به تعبیری اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی را نیز از جمله اصول مافوق قانون اساسی محسوب کرد، چه مطابق این اصل، تغییر مواردی چون دینی بودن حکومت، جمهوری بودن حکومت (= اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی؟)، ولایت امر و امامت امت و دین و مذهب رسمی ایران الی الابد ممنوع اعلام شده است. هر چند که در برداشتی دیگر می توان گفت؛ چون اصل یکصد و هفتاد و هفت نیز توسط خود قانون اساسی پیش بینی شده و در پیرامند این قانون قابل تحلیل و احیانا حکم و اصلاح است، دیگر نمی توان از مافوق قانون اساسی بودن آن سخن گفت. فرا قانون اساسی بودن هنگامی معنا می یابد که اصولی را که در قانون اساسی پیش بینی نشده، بر اصول مندرج در آن مرجح بداریم. این قضیه می تواند بیشتر درباره اعلامیه های حقوق بشر، قواعد حقوق اساسی عرفی یا برخی معاهدات بین المللی مصداق پیدا کند.

اشاره به این نکته ضروری است که مقالات زیر با توجه به زمان نگارش آنها و فضای آن زمان که بحث اروپایی سازی européanisation بیشتر از هر زمانی توجه کشورها را به خود معطوف ساخته بود، بیشتر به رابطه حاکمیت ملی و فرا قانون اساسی بودن پرداخته است در صورتی که موضوعات دیگری نیز می تواند از چشم انداز فراقانون اساسی بودن مورد توجه قرار گیرد مانند اصل جمهوری، دموکراسی، آزادی ها و حقوق بنیادی، اصل عدم تبعیض، اصل برابری، اصل قانونی بودن و....

سوال این است که آیا این اصول فراقانون اساسی اند، یعنی هیچ قدرتی حتی قوه مؤسس نیز توانایی نسخ یا تغییر آنها را ندارد، یا اینکه قوه مؤسس، حاکم بر همه این اصول است و هر آن می تواند آنها را تغییر داده یا ملغی نماید.

ناگفته نماند، پس از تصویب قانون دستوری ۱۷ مارس ۲۰۰۳ درباره «سازمان غیر متمرکز جمهوری» توسط کنگره فرانسه - که منجر به بازنگری در برخی از مواد قانون اساسی این کشور شد - بیش از ۶۰ نفر از سناتورها قانون فوق را مورد اعتراض قرار داده و به صورت بی سابقه ای از شورای قانون اساسی درخواست رسیدگی به مساله انطباق آن با قانون اساسی را مطرح کردند. شورای قانون اساسی نیز طی تصمیم شماره ۴۶۹ - ۲۰۰۳ مورخ ۲۶ مارس ۲۰۰۳ با استناد به مواد ۶۱ و ۸۹ قانون اساسی فرانسه، خود را فاقد صلاحیت لازم برای بررسی و صدور حکم درباره یک قانون بازنگری اعلام کرد. شورا در این رای تصریح می کند «صلاحیت او به صورت مضیقی توسط قانون اساسی محدود شده است. تکمیل یا تدقیق این صلاحیت توسط قانون ارگانیک (سازمان دهنده) جز با احترام به اصول مندرج در متن قانون اساسی ممکن نیست. بنابراین شورای قانون اساسی جز در مواردی که صریحا توسط مقررات اساسی ذکر شده، نمی تواند به اظهار نظر پردازد. ماده ۶۱ قانون اساسی تنها ماموریت ارزیابی میزان انطباق قوانین ارگانیک و قوانین عادی با قانون اساسی را به این شورا واگذار کرده ؛ [یعنی] نه ماده ۶۱ نه ماده ۸۹ و نه هیچ مقررات دیگری، قدرت صدور حکم درباره بازنگری در قانون اساسی را به این شورا اعطا نکرده است.»

**پس از صدور این رای توسط شورای قانون اساسی بحث مطرح شده توسط استاد فاورو و ودل در ۱۰ سال پیش دوباره احیا شد و نوشته ها و مقالات فراوانی در این باره به انتشار رسید.<sup>۴</sup>**

---

<sup>۴</sup> در این زمینه می توان به ذکر منابع ذیل پرداخت:

- CHALTIEL Florence ; La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (à propos de la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003), *Les petites affiches*, 20 juin 2003 (123), pp. 7-9.

- CANEDO Marguerite, L'histoire d'une double occasion manquée, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.

- CAMBY, Jean-Pierre, Supra- constitutionnalité : La fin d'un mythe, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.

-ROBERT Jacques ; La forme républicaine du Gouvernement, *Revue du droit public*, 2003 (2), pp. 359-366.

- MAILLARD DESGREES DU LOU, Dominique ; le pouvoir constituant dérivé reste souverain, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.

- GOHIN Olivier ; La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, *Les petites affiches*, 6 juin 2003 (113), pp. 7-11.

- Anonyme ; Le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour se prononcer sur le recours dirigé contre la loi de révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 2003 (14), p. 599.

- ZARKA Jean-Claude ; Le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 2003 (17), pp. 732-733.

هرچند که به گمان بسیاری از نویسندگان و نقادان، رای مذکور نتوانست به مجادله بسیار اساسی مربوط به مساله فراقانون اساسی بودن خاتمه دهد، اما در هر حال، صدور این رای و واکنشهای حقوقی-سیاسی پس از آن، حاکی از اهمیت راهبردی این مجادله فکری و حقوقی-سیاسی است.

جهت دوری از اختلاط مفاهیم مترجم بر خود واجب می داند تا برخی از معادلهای برگزیده خود برای کلید واژه های این نوشتار را ذیلا به خوانندگان عزیز معرفی کند:

- دادگستری اساسی یا دستوری<sup>۵</sup>، دادرسی اساسی، دادرسی مبتنی بر قانون اساسی *justice constitutionnelle*

---

- GESLOT Christophe ; *La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel*, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.

- MOUTOUH Hugues ; *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : suite et fin*, *Actualité juridique droit administratif*, 2003 (17), pp. 1099-1101.

-MEINDL Thomas ; *Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent*, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.

- MOUTOUH Hugues ; *Décision prévisible*, *Actualité juridique droit administratif*, 2003 (15), p. 753.

<sup>۵</sup> دادگستری یا دادرسی اساسی مطابق تعریف استاد **میشل دوویلیه** به « مجموعه سازمانها و آیین هایی گفته می شود که توسط آنها برتری قانون اساسی تضمین می شود. هرچند که نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی نماد این ضمانت است اما تضمین برتری قانون اساسی تنها به این امر محدود نمی شود. تضمین برتری قانون اساسی به مواردی چون معاهدات بین المللی، اعمال اداری و آراء صادره در دادگستری نیز ارتباط می یابد. اعمال دادگستری اساسی [همیشه] با وجود یک دادگاه قانون اساسی با صلاحیت انحصاری قضاوت درباره موضوعات مربوط به قانون اساسی همراه نیست؛ دادگستری اساسی می تواند همانند آنچه که دیوان عالی ایالات متحده انجام می دهد، توسط دادگاههای عادی نیز اعمال شود». در این زمینه رک به : -DE VILLIERS (M.) ; *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 2<sup>e</sup>, 1999, p.124.

دیدگاههای دیگری نیز در زمینه تعریف دادگستری اساسی قابل طرحند: مثلا مطابق تعریف **هانس کلسن** Hans Kelsen وظیفه و رسالت اصلی دادرسی اساسی تامین و تضمین کارکرد منظم یا قاعده مند نهادها و سازمانهای دولتی در چهارچوب احترام به قانون اساسی است (رک: *Revue de droit public*, 1928, p. 198). در حالی که **شارل ایزنمن** Charles EISENMANN بر مسوولیت نظارت بر هنجارها و قوانین تاکید بیشتری داشته و معتقد بود « دادرسی اساسی، درباره قوانین دستوری *Les lois constitutionnelles* اعمال می شود». از نظر وی « مفهوم حقوقی دادگستری اساسی تضمین انفاکک صلاحیت بین قانونگذار عادی و قانونگذار اساسی می باشد » رک :

EISENMANN (Ch.) ; *Le justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, p. 1, N°1 et p.20, N° 9

نویسندگان جدید و در رأس آنها استاد **لویی فاورو** در تعریف دادگستری اساسی همزمان دو شاخصه سازمانی و مادی را مورد توجه قرار می دهند. در این برداشت دادگستری اساسی عبارت از «مجموعه سازمانها و فونونی است که به مدد آنها و بی هیچ محدودیتی برتری قانون اساسی تضمین می شود».

FAVOREU (L.) et autres ; *Droit constitutionnel*, Dalloz, 4<sup>e</sup>, 2001, p.187. V. aussi FAVOREU (L.) ; *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

پس می توان به طور خلاصه، دادرسی اساسی را به مجموعه نهادها و ساز و کارهایی اطلاق کرد که غایت آنها تضمین احترام و برتری قانون اساسی است. وظایف و کارکردهای مختلف دادگستری اساسی را می توان در چند مورد ذیل خلاصه کرد:

- ۱- نظارت بر انطباق مصوبات پارلمان با قانون اساسی
  - ۲- تفسیر قانون اساسی (مورد جمهوری اسلامی ایران)
  - ۳- نظارت بر صحت انتخابات و رایگیری های سیاسی (انتخابات پارلمانی یا ریاست جمهوری و همه پرسی)
  - ۴- تضمین کارکرد صحیح قوای عمومی :
- الف- ایفای نقش داوری بین قوای عمومی (مثلا در موارد تعارض صلاحیت بین مجریه و مقننه) یا بین دولت و واحدهای محلی به ویژه در نظام های فدرال یا نیمه فدرال
- ب- کارکرد سیاسی (مانند اعمال دادرسی سیاسی، نظارت بر اعمال اختیارات استثنایی، مشارکت در اعمال قدرت سیاسی) (مورد شورای نگهبان که مثلا مطابق اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی در تشکیل شورای موقت رهبری مشارکت می کند. و...)
- ۵- پشتیبانی از حقوق و آزادی های بنیادین

شاید بتوان وجه مشترک بسیاری از سامانه های دادگستری اساسی را مسأله نظارت بر امر تقنین دانست. بعلاوه کمتر نظامی را می توان یافت که همزمان و به صورت صریح و رسمی همه وظایف چهارگانه فوق را برعهده نهاد خاص دادگستری اساسی (دادگاه یا شورای قانون اساسی، دیوان داوری، شورای نگهبان یا ...) گذاشته باشد.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز شورای نگهبان مطابق اصول ۴، ۷۲، ۹۱ تا ۹۸ قانون اساسی صلاحیت « پاسداری » از قانون اساسی و تضمین برتری آن درحوزه مصوبات مجلس را دارد، اما این امر بدان معنا نیست که پاسداری از قانون اساسی و تضمین احترام و برتری آن تنها به حوزه قانونگذاری محدود می شود؛

از آنجا که قانون اساسی، جامع الشمول بوده و در اصول مختلف خود به تعیین خطوط و محورهای کلی سازماندهی و اعمال دیگر قوا (مجریه و قضائیه) نیز پرداخته است، بنابراین قوای مجریه و مقننه نیز باید هر یک در قلمرو صلاحیت اختصاصی خود نسبت به مسأله حفاظت و پاسداری از اصول قانون اساسی اهتمام بورزند؛

بعنوان مثال حفاظت از حقوق و آزادی های بنیادین در اصول مختلف قانون اساسی مورد تاکید قرار گرفته است. با نگاهی به این اصول و مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی می توان به راحتی به جایگاه والای این حقوق و آزادی ها پی برد. هر چند که شورای نگهبان می تواند به صورت غیر مستقیم و درحوزه صلاحیتهای اختصاصی خود (نظارت بر امر قانونگذاری، تفسیر قانون اساسی، نظارت بر روند همه پرسی و انتخابات) از حقوق و آزادی های بنیادین نیز حمایت مطلوب و متعادل بعمل آورد، اما در هیچکدام از اصول قانون اساسی مسوولیت پاسداری از حقوق و آزادی های بنیادین به صورت مستقیم به شورای نگهبان واگذار نشده است. بنابراین باید مسوولیت مستقیم و مؤثر پاسداری از قانون اساسی در زمینه حقوق و آزادی ها را اصولا متوجه دادگاهها و نظام قضایی دانست، همچنانکه اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی نیز به صراحت این وظیفه را برعهده قوه قضائیه گذاشته و اعلام می کند: « قوه قضائیه قوه ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسوول تحقق بخشیدن به عدالت » بوده و عهده دار وظیفه « احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع » است.

مثال دیگری رسالت رئیس جمهور در پاسداری از قانون اساسی مربوط می شود، مطابق اصل ۱۱۳ قانون اساسی، رئیس جمهور (بخوانید قوه مجریه) بعنوان عالی ترین مقام رسمی کشور پس از مقام رهبری مسوولیت اجرای قانون اساسی [...] را جز در اموری که مستقیما به رهبری مربوط می شود، بر عهده دارد.

نتیجه آنکه اولا وظایف و کارکردهای دادگستری اساسی متعدد و گوناگون است، ثانيا اعمال این وظایف ممکن است توسط یک سازمان واحدی مثل دادگاه یا شورای قانون اساسی صورت نگیرد.

<sup>۶</sup> قاضی اساسی شخص یا نهادی است که به اعمال دادرسی اساسی می پردازد. مثلا به عبارتی می توان اعضای شورای نگهبان یا شورای قانون اساسی فرانسه را قضات قانون اساسی دانست.

- دستوری، اساسی، مربوط به قانون اساسی، بنیادی<sup>۷</sup> constitutionnel
- دستوری بودن، دستورگرایانه بودن، اساسی بودن، تطبیق با قانون اساسی constitutionnalité
- فرا قانون اساسی، مافوق قانون اساسی، فرادستوری، فرابنیادی supra constitutionnel
- فرا قانون اساسی بودن، مافوق قانون اساسی بودن، فرادستوری بودن، فرابنیادی بودن supra constitutionnalité
- هنجار، منبع، قاعده norme

تمام پاورقی هایی که در مقابل آنها حرف (م.) قرار گرفته، از مترجم می باشد.

فراز نخست.

## دیدگاههای لویی فاورو

- ۱- هنگامی که بحث درباره تصویب معاهده ماستریخت بالا گرفته بود، گروهی به ویژه آقای لئو امون<sup>۸</sup> (L.) HAMON از این نظریه دفاع می کردند که پیامد توافقات ماستریخت تجدیش اصل حاکمیت ملی است. از آنجایی که در سال ۱۹۵۸ همانند سال ۱۹۴۶ مؤسسان دلبستگی خود را به اصول اعلامیه حقوق بشر و شهروند و حاکمیت ملی اعلام کرده اند و همه این اصول هم مجموعه ای را تشکیل می دهند که می توان آن را با عبارت **فرا دستوری یا مافوق قانون اساسی** توصیف کرد، می توان نتیجه گرفت که حتی خود قوه مؤسس هم نمی تواند به این اصول لطمه ای وارد آورد<sup>۹</sup>.
- استاد ژرژ ودل با استناد به حاکمیت قوه مؤسس (ولو در حالت مشتق آن) اعتبار چنین استدلالی را زیر سوال برده است: «ایده ساده و واقعی - مشروط بر عدم توسل به حقوق طبیعی - این است که قوه مؤسس اشتقاقی<sup>۱۰</sup> (ثانوی) بیانگر حاکمیت در تمامیت آن است»، به نظر می رسد همین تحلیل مورد تایید شورای قانون اساسی نیز واقع شده است. این شورا در تصمیم ۲ سپتامبر ۱۹۹۲ گفته است: «قوه مؤسس حاکم است او مجاز به نسخ، تغییر یا تکمیل مقررات دارای ارزش قانون اساسی است».

<sup>۷</sup> صفتی است که برای قانون اساسی به کار گرفته می شود. منتهی چون در ادبیات فارسی نمی توان برای عبارت دو کلمه ای قانون اساسی صفت ساخت و مثلا گفت «قانون اساسی»، عبارات «دستوری» و «اساسی» مرجح تر به نظر می رسند.

<sup>۸</sup> In la *Constitution de l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 221, 279.

<sup>۹</sup> - به ویژه آنکه تجدیش این اصول در راستای تصویب یک معاهده بین المللی باشد.

<sup>۱۰</sup> Le pouvoir constituant dérivé ou institué ou le pouvoir constituant de révision یا قوه مؤسس بازنگری

بنابراین با این استدلال آقای ژرژ ودل می توان بر آن بود که پرسش، پاسخ در خور خود را یافته و مفهوم سنتی قوه مؤسس خود را غالب کرده است.

اما نمی توان به این اندازه مطمئن بود، چه شورای قانون اساسی در رای مذکور به جنبه های دیگری نیز پرداخته است که میتواند منجر به تفسیر دیگری شود، به دیگر سخن پرسش فقط با یک روش مطرح شده، یا تنها از جنبه حقوق بین الملل مورد بحث قرار گرفته است. نهایتا باید گفت بستری که امروزه در آن چنین بحثی صورت می گیرد با بستر بیست یا سی سال پیش متفاوت است.

## I - بستر طرح بحث

۲- زمان متحول شده است: امروز مجادله بین طرفداران حقوق طبیعی و حقوق وضعی فقط دارای فایده تاریخی است و استناد به آن برای پاسخ به پرسشهای فعلی معنایی ندارد چرا که بستر [بحثها] یکی نیست.

هنگامی که **دوگی** یا **هوریو** مساله مافوق قانون اساسی بودن اعلامیه حقوق بشر و شهروند را تایید می کردند<sup>۱۱</sup>، دادگستری اساسی<sup>۱۲</sup> وجود نداشت، بازنگری در قانون اساسی به ندرت اتفاق می افتاد (به ویژه در فرانسه) و هنجارهای (منابع) فرا ملی هنوز به وجود نیامده بودند. **دوگی** و **هوریو** نمی توانستند به یک رویه جدی بازنگری استناد کنند، چه تا آن موقع و در عرض پنجاه سال تنها دو قانون اساسی به تصویب رسیده بوده است. این دو صاحب نظر، مساله دادگستری اساسی - انطباق قوانین با قانون اساسی - را فقط با مثال آمریکایی آن می شناختند، روشی که قابل انتقال به فرانسه نبود. بنابراین آنها به سختی می توانستند مساله مافوق قانون اساسی بودن<sup>۱۳</sup> را آنچنان که امروزه در حقوق اساسی تطبیقی و اروپایی مطرح شده است، تصور کنند.

۳- در حقیقت عناصر ذیل - که در زمان **دوگی** و **هوریو** به هیچ وجه قابل تصور نبودند - کلید ایضاح مساله مافوق قانون اساسی را در اختیار قرار می دهند:

ابتدا باید به مساله متداول شدن امر بازنگری در قانون اساسی یا به عبارت دقیقتر به مداخلات قوه مؤسس ثانوی در قالب قوانین بنیادی که منتهی به تغییر قانون اساسی یا تکمیل آن می شوند، اشاره کرد. در فرانسه بازنگری در قانون اساسی مدت زمان مدیدی جزو نهادهایی بود که هر روز درباره آن سخن گفته می شد اما هیچگاه به کار گرفته نمی شد و این در حالی است که مداخله قوه مؤسس در کشورهای مثل اتریش، ایتالیا، بلژیک و پرتغال متداول است.

<sup>۱۱</sup> - البته با گرایش بیشتر به نظریه حقوق طبیعی تا نظریه حقوق وضعی. در این زمینه رک. به :

- Ch. ESIENMAN ; *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1928 (réédit., Economica, 1986), p. 99 ; voir aussi S. RIALS, *Supraconstitutionnalité et systématique de droit*, *Archives de philosophie du droit* 1986, t. 31, p. 58-59.

<sup>۱۲</sup> La justice constitutionnelle

<sup>۱۳</sup> Supra-constitutionnalité

همانطور که نشست اخیر «انجمن فرانسوی حقوقدانان اساسی»<sup>۱۴</sup> نشان داد<sup>۱۵</sup>، دکترین فرانسوی همیشه مواد کمی را در دست داشته است چون در عرض دو قرن فقط بیست بار به بازنگری در قانون اساسی پرداخته است<sup>۱۶</sup>، در حالیکه در دیگر کشورهای اروپایی، مواد فراوانی برای تغذیه دکترین وجود داشته است. نتیجه آنکه به صورت سنتی و از قرن ۱۹ به بعد قضاوت های مشابهی درباره حاکمیت مطلق و نامحدود قوه مؤسس به عمل آمده و طرح مساله هم در همین حد باقی مانده است. در واقع از لحظه ای که بازنگری در قانون اساسی حالت رمزآمیز خود را از دست داده و وارد دنیای عینی تر تصویب قوانین بنیادین می شود، یقیناً امور رو به تغییر خواهد نهاد.

دومین تفاوت اساسی موقعیت فعلی با زمان قبل از جنگ این است که امروزه یک قاضی اساسی وجود دارد که به اعمال یک نظارت واقعی بر قوانین مصوب پارلمان می پردازد. بنابراین ضمانت اجرایی اصول ما فوق قانون اساسی همانند اوایل قرن ۲۰ یک مساله خیالی و اتو پیایی نیست چرا که در حال حاضر نهادها و روند هایی برای نظارت بر این مساله تاسیس شده اند. حتی برخی از دولتها پا را فراتر گذاشته و قضات قانون اساسی را مجاز به نظارت بر قوانین بنیادی دانسته اند: در آلمان<sup>۱۷</sup>، اتریش و ایتالیا قضات اساسی چنین اختیاری را دارند.

از آن هنگام، به پدیده تداول روند بازنگری در قانون اساسی، پدیده تداول دادرسی مبتنی بر قانون اساسی هم افزوده می شود. از همین مساله هم ایده بیش از پیش مقبول سلسله مراتب هنجارهای اساسی<sup>۱۸</sup> (رده بندی منابع حقوق اساسی) ناشی می شود. برخی از این هنجارها هسته مقدسی (نا ملموسی) را تشکیل می دهند که حتی قوانین اساسی هم نمی توانند خدشه ای به آن وارد سازند. در واقع، این امر مبین گرایش است که در کشورهای دارای دادگستری اساسی<sup>۱۹</sup> - از جمله فرانسه - وجود دارد و بر اساس آن یک ارتقای ثابت درجه تصمیم گیری قابل مشاهده است: تصمیمگیری با روش آیین نامه ای جای خود را به شیوه قانونگذاری سپرده، شیوه تقنینی هم به نوبه خود و به هنگامی که برخی از حقوق و آزادی ها مورد خطر قرار گرفته اند، ناقص و ناکافی تشخیص داده شده و حتی فراتر از آن شیوه اساسی [بازنگری] هم هنگامی که به پایه های سامانه حقوقی و جامعه ارتباط پیدا می کند، غیر قابل اجرا ارزیابی شده است. از این پس سوزنبان<sup>۲۰</sup> عالی مقام یعنی قاضی قانون اساسی باید برای تعیین راه تحقق پذیری اصلاحات، هنجارهای ماورای قانون اساسی را هم در نظر بگیرد.

<sup>۱۴</sup> Association française des constitutionnalistes

<sup>۱۵</sup> Journée d'études du 20 mars 1992, in *La Révision de la Constitution*, Paris, Economica et PUAM, 1993.

<sup>۱۶</sup> Cf. Ph. ARDANT, op. cit. p. 81.

<sup>۱۷</sup> قانون بنیادی در آلمان همان قانون اساسی است. بنابراین هنگامی که در آلمان از عبارت «قانون بنیادی» (la loi fondamentale) استفاده می شود مراد قانون اساسی است، در حالیکه ممکن است این عبارت در کشورهای دیگر معانی متفاوتی از قبیل قانون پایه ای و اساسی یا ریشه ای داشته باشد (م).

<sup>۱۸</sup> Voir, pour série d'exemples, les actes de la ve Conférence des cours constitutionnelles, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VI, 1990, p. 15 et s.

<sup>۱۹</sup> La justice constitutionnelle

<sup>۲۰</sup> نظریه سوزنبان توسط پرفوسور **لویی فاورو** در سال ۱۹۸۲ در مجله حقوق عمومی مطرح شد. در این نظریه **لویی فاورو** شورای قانون اساسی را به یک سوزنبان تشبیه می کند. این سوزنبان نشان می دهد که از کدام طریق - آیین نامه ای، قانونگذاری عادی، قانونگذاری ارگانیک یا اساسی - باید



در پایان، سومین عنصر تمایز‌گذاری به محتوای فراقانون اساسی بودن مربوط می‌شود: در حقیقت تا بعد از جنگ، تنها حقوق طبیعی (یا فوق طبیعی) در جرگه اصول مافوق قانون اساسی قرار می‌گرفت، درحالی‌که پس از دهه پنجاه میلادی هنجارهای حقوق وضعی - که ریشه در حقوق بین الملل، حقوق اتحادیه و حقوق اروپایی دارند - نیز جزو اصول فرادستوری به شمار می‌روند (هنجارهای بین المللی یا هنجارهای فراملی = فرا دستوری). حتی می‌توان این نکته را در نظر گرفت که دادگاههای قانون اساسی هم با رویه‌های قضایی مشابه، اصول مشترکی را به نظم اساسی [دستوری] کشورهای مختلف اروپایی تزریق می‌کنند. این اصول را می‌توان، «هنجارهای بین الدولی فرا قانون اساسی»<sup>۲۱</sup> نامید.

## II. دو جنبه فرا- قانون اساسی بودن

۴- مساله مطرح شده توسط استاد **ودل VEDEL** این بود که آیا یک پدیده فراقانون اساسی وجود دارد و آیا قوه مؤسس باید الزاما به آن احترام گذاشته و از آن تبعیت کند. به خوبی آشکار است که ملاحظات مذکور در فوق به تنهایی توان پاسخگویی به این مساله را ندارند، اما به هر حال می‌تواند نحوه طرح مساله را نشان دهد.

در واقع، این مساله باید از یک زاویه دو گانه مورد بررسی قرار گیرد یعنی از زاویه «ما فوق قانون اساسی داخلی» یا «فرا دستوری خارجی»:

## A- حاکمیت و مساله فرا قانون اساسی ۱۵ خلی

۵- پرسش این است که آیا باید قوانین دستوری<sup>۲۲</sup> تصویب شده توسط قوه بازنگری به هنجارهای ملی فراقانون اساسی<sup>۲۳</sup> احترام گذارند.

پاسخ استاد **ژرژ ودل** به این پرسش منفی است چرا که اولاً، قوه مؤسس ثانوی مظهر حاکمیت ملی در تمامیت آن است و حاکمیت هم محدودیت بردار نیست، ثانیاً، اصل فرا دستوری منعطف است و نرمی خود را هم از حقوق طبیعی وام می‌گیرد. ثالثاً، نظارت بر قوانین بنیادی در بلند مدت، تعادل مردم سالارانه و نیز مساله نظارت بر انطباق

---

به پیگیری اصلاحات پرداخت تا بدینسان اصلاحات مورد نظر به تصویب شورای قانون اساسی برسد. مطابق این نظریه شورا نمی‌گوید چرا پارلمان فلان قانون را تصویب کرد بلکه شورا با سانسور خود نشان می‌دهد که راه انتخاب شده برای اصلاحات درست نیست. (م.)

<sup>۲۱</sup> پیش از این در سال ۱۹۸۱ Mauro CAPPELLETTI تولد یک دادرسی و یک حقوق اساسی بین المللی را اعلام می‌کرد:

- Mauro CAPPELLETTI ; *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica et PUAM, 19825, p. 484 et s.

<sup>۲۲</sup> Les lois constitutionnelles

<sup>۲۳</sup> این هنجارها یا مندرج در خود قانون اساسی اند یا منتج آن و به خصوص به حمایت از حاکمیت ملی می‌پردازند.

قوانین عادی با قانون اساسی [دادگستری یا دادرسی اساسی] را زیر سوال خواهد برد چرا که نظارت بر قانون اساسی تنها در حدی مشروع است که حرف آخر را نزد بدین معنی که قوه بازنگری همیشه می تواند تصمیمات یا رویه های قضایی قانون اساسی را ابطال کرده یا آنها را تغییر دهد.<sup>۲۴</sup>

ظاهرا نپیوستن به این استدلال دشوار به نظر می رسد. معذک هم‌انطور که پیش از این مذکور افتاد، به دلیل تحولات حقوق عمومی در سالهای اخیر، نمی توان به طور کامل نظریه استاد **ودل** را پذیرفت. ابتدا باید گفت امروزه اصل ( اصول) فرا قانون اساسی نیازی به وام گیری از حقوق طبیعی ندارند چون منبع مشترکی از اصول فرا ملی موجود است که می تواند در صورت نیاز دست به دامان آن شده و به تطبیق و تکمیل تفسیر خود از قانون اساسی بپردازد.

بعلاوه گر چه درست است که قاضی اساسی به سختی می تواند به سانسور مقنن بپردازد<sup>۲۵</sup> اما از طرفی این نکته هم قابل تصور نیست که این قاضی از مجازات نواقص آیینی<sup>۲۶</sup> یا تغییرات اساسی مثل الغای ممنوعیت تبعیضات نژادی و مذهبی خوداری ورزد. به ویژه آنکه شورای قانون اساسی در رای ۲ سپتامبر ۱۹۹۲ خاطر نشان کرده که قوه مؤسس حاکم است، اما [حاکمیت او] در چهارچوب احترام به برخی محدودیت های تعیین شده توسط قانون اساسی [محصور است].

۶- چنانکه استاد **ودل** به درستی یادآوری می کند، محدودیت های شکلی و ماهوی مندرج در قانون اساسی ( درباره تجدید نظر در آن) می تواند توسط خود قوه مؤسسان در وهله اول تغییر یابند تا پس از آن در مرحله دوم بازنگری مورد نظر بدون هیچ محدودیتی انجام شود. در همین معنا است که ما هم گاهی اوقات پرسیده ایم که آیا کلا اصل فرا قانون اساسی در بعد داخلی، واقعی است یا نه<sup>۲۷</sup>.

ابتدائاً باید متذکر شد چنین اقدامی - که مشابه انحراف از روند پیش بینی شده است - بدون هیچ تردیدی مورد قبول قضات قانون اساسی آلمان، اتریش، ایتالیا یا اسپانیا قرار نخواهد گرفت. حتی در فرانسه هم از نظر سیاسی انتخاب چنین روشی دشوار به نظر می رسد چه در حال حاضر توسل به قوانین دستوری در حال متداول شدن است :

اتفاقی که در سال ۱۹۵۸ در یک موقعیت استثنایی و به مناسبت تغییر کامل قانون اساسی روی داد به سختی می تواند در موقعیت عادی آنهم برای یک بازنگری جزئی قابل تصور باشد، مضافاً اینکه بستر حقوقی فضای بین المللی هم عمیقاً متحول شده اند.

<sup>۲۴</sup> G. VEDEL; *op. cit.*, RFDA, 1922, p. 178-179.

<sup>۲۵</sup> سانسوری که امکان واخواهی از آن در برابر قوه مؤسس وجود ندارد.

<sup>۲۶</sup> Des vices de procédure

<sup>۲۷</sup> Voir en ce sens les remarques de P. WACHSMANN au Colloque de Strasbourg (17-18 juin 1993).

پس به صورت قطعی، باید گفت شورای قانون اساسی بدون شک جرات نخواهد کرد در موقعیت عادی به سانسور و رد روش مذکور در فوق (تغییر قواعد و اصول مربوطه به با زنگری) پردازد؛ اما از سوی دیگر قوه مؤسس هم در موقعیت عادی جرات دستیازی به چنین شیوه ای را نخواهد داشت.

## B- حاکمیت و اصل فرا قانون اساسی بیرونی (خارجی)

۷- در اینجا هدف این است که بدانیم آیا هنجارهای قانون اساسی می توانند به تبعیت از هنجارهای بین المللی یا فرا ملی گردن نهند، و اگر پاسخ مثبتی به این سوال دهیم آیا نباید حاکمیت ملی را مخدوش اعلام کنیم.

۸- تعدادی از قوانین اساسی اروپایی مقرراتی را در خود گنجانده اند که بر اساس این مقررات دولتهای مربوطه باید محدودیت های ناشی از قوانین بین المللی را محترم شمارند.

به نحو جدیدتری، دولتهای عضو اتحادیه اروپا و شورای اروپا باید یقینا خود را با هنجارها و الزامهای فراوانی تطبیق دهند که برخی از آنها می تواند با قوانین اساسی آنها موافق نباشد. یعنی به دیگر سخن، هنجارهای قانون اساسی هم باید در برابر هنجارهای اتحادیه ای و اروپایی سر تسلیم فرود آورند.

به نظر می رسد تاکنون هیچگاه نظارتی بر انطباق قوانین دستوری با هنجارهای بین المللی یا فرا ملی توسط یک قاضی ملی قانون اساسی اعمال نشده باشد. در حالیکه در فرانسه مقررات ماده ۵۴ قانون اساسی می تواند به عنوان مجوز این نظارت مورد تفسیر قرار گیرد.<sup>۲۸</sup>

اما می توان مساله را از زاویه دیگری نیز نگریست: نظارت یک قاضی بین المللی یا فراملی بر تطبیق هنجارهای ملی قانون اساسی با هنجارهای بین المللی یا فرا ملی. این مساله یک فرضیه محض نظری نیست. در واقع دادگاه اروپایی حقوق بشر جدیداً مقررات قانون اساسی ایرلند درباره ممنوعیت سقط جنین را با استناد به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با شکست مواجه کرده است (البته با روشی غیر مستقیم ولی مطمئن). از این قبیل موارد یقیناً در سالهای آینده به چشم خواهد خورد. از هم اکنون اصل (اصول) فرا قانون اساسی بیرونی (خارجی) در حال تثبیت جایگاه خود می باشد همچنانکه در اسپانیا مقررات بنیادین باید در چهار چوب الزامهای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر - آنها هم با تفسیر دادگاه اروپایی حقوق بشر - مورد اجرا قرار گیرند.

۹- به طور کلی می توان بر آن بود که هر قانون دستوری که مثلاً در صدد تاسیس تبعیض نژادی یا مذهبی باشد، منجر به صدور اعلامیه عدم انطباق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر یا اصول اعلام شده توسط معاهده ماستریخت بویژه در زمینه حمایت از حقوق بنیادین از طرف دادگاه استراسبورگ و دادگاه لوگزامبورگ خواهد شد.

<sup>۲۸</sup> Cf. Les observations de F. SUDRE sur l'arrêt du 29 octobre 1992, Open door c/Irlande, *RFDC*, 13-1993, p. 217 et s.

در باره نکته اخیر می توان به ملاحظات یک متخصص ارجاع داد: « تجربه اتحادیه ای نشان می دهد که مشکل احترام به حقوق بنیادی در تمام جنبه های فعالیت اتحادیه مطرح است. از جمله در مساله تطبیق نظامنامه های اتحادیه ای با حقوق بنیادین یا در زمینه تعارض یکی از آزادی های چهار گانه شناخته شده توسط معاهده و یک حق تضمین شده توسط یک قانون اساسی ملی<sup>۲۹</sup>».

بنا بر این مقررات قوانین اساسی ملی، خارج از نظارت فرا ملی ما فوق قانون اساسی نیستند. یقیناً تناقضی که در این زمینه وجود دارد این است که اصل ما فوق اساسی داخلی، هیچ پشتیبانی از حاکمیت ملی بعمل نمی آورد چرا که همانطور که شورای قانون اساسی در قضیه نظارت بر معاهده ماستریخت نشان داد، در حقوق قرانسه هنجارهای برتر ناشی از قانون اساسی نمی توانند به مخالفت با اراده قوه مؤسس (ولو ثانوی) برخیزند. اصل ما فوق قانون اساسی بیرونی هم به نوبه خود می تواند با قراردادن قوانین دستوری تحت یک نظارت ما ورای قانون اساسی، حاکمیت ملی را خدشه دار سازد.

فراز دوم .

## دیدگاههای ژرژ ودل

۱- مبحث حاکمیت و موضوع فراقانون اساسی بودن از جنبه های فراوانی به هم تنیده اند. ما در اینجا فقط دو مورد از مهمترین جنبه های آن را مورد بحث قرار خواهیم داد.

اولین جنبه بحث به زیر سوال بردن دارنده [صاحب حق] حاکمیت می پردازد چرا که اگر هنجارهای مافوق قانون اساسی وجود داشته باشند، ضرورتاً [باید نتیجه گرفت که] مقام واضح این هنجارها یا مقام تغییر دهنده و ناسخ آنها دارنده این حاکمیت است.

دومین جنبه بحث با معکوس کردن سوال به کاربرد مفهوم فراقانون اساسی بودن برای دور ساختن اصل حاکمیت ملی از هر نوع خدشه و ممنوع کردن واگذاری حاکمیت به بیرون از چهارچوب سیاسی-جغرافیایی ملت می پردازد. این دو مطلب در سطور ذیل به صورت جداگانه مورد تحلیل قرار نمی گیرند، چه همانطور که نشان خواهیم داد مفهوم فراقانون اساسی بودن به منزله یک مجموعه هنجارهای حقوقی<sup>۳۰</sup> مافوق قانون اساسی باید مطرود تلقی شود، این نکته که آیا حاکمیت ملی هم به این مجموعه [فراقانون اساسی] تعلق دارد یا نه، معنایی ندارد.

۲- پیش از هر چیز مشخص کردن محدوده موضوع بحث و آماده کردن بستر مربوط به آن بی فایده نیست.

<sup>۲۹</sup> J.-P. JACQUE, in *Rev. trim. Dr. europ.*, 1992, p. 257.

<sup>۳۰</sup> هنجارهای حقوقی حقوق داخلی

البته اگر برای شفافیت زبانی، هنجارهای اخلاقی یا هنجارهای مربوط به یک مرام سیاسی را فراقانون اساسی بنامیم در این امر هیچگونه ناشایستگی وجود ندارد. بحث تنها از جایی آغاز می شود که مخالف فرضی به این هنجارها ماهیت قواعد حقوقی اعطا نماید. اسناد تجریدی ماهیت حقوقی به هنجارهای فراقانون اساسی دارای یک نتیجه عملی دوگانه است: [اول آنکه] نسخ یا تغییر یک هنجار فراقانون اساسی خارج از حوزه اقتدار قوه مؤسسان است، [دوم آنکه] قاضی اساسی باید هنگام تعارض بین یک هنجار فراقانون اساسی و یک هنجار دستوری [مربوط به قانون اساسی] اولی را [مرجع شمرده و] مجری دارد.

وانگهی از بین دو مدعی فوق دومین مدعی تعیین کننده تر است. چون اگر قاضی قادر به اعلام غیر قابل اجرا بودن یک مقرر دستوری مخالف با یک هنجار فراقانون اساسی نباشد، ویژگی حقوقی این هنجار فراقانون اساسی تخیلی [بیهوده] خواهد بود.

اگر قاضی اعتقادی به اصول فراقانون اساسی بعنوان مجموعه قواعد حقوقی ندارد [اما در عین حال] وجدان او به هنگام مواجهه با یک هنجار دستوری مخالف با اصول فراقانون اساسی دچار عذاب می شود، در این حالت این قاضی چونان یک مرد اخلاق و تکلیف با استعفای خود از اجرای آن هنجار دستوری مخالف با اصول فراقانون اساسی خودداری می کند. اما اگر قاضی به حقوق فراقانون اساسی باور داشته باشد او با تکیه بر جایگاه خود به ابطال هنجار دستوری مخالف با اصول فراقانون اساسی می پردازد.

۳- جهت ادراک درست آنچه خواهد آمد، باید تدقیق کنیم که از نظر ما اشکال جدی نسبت به اینکه برخی از قواعد حقوق بین الملل برتر از قوانین اساسی ملی باشند، وجود ندارد. به ویژه اگر این برتری بخشیدن به حقوق بین الملل از خود قانون اساسی<sup>۳۱</sup> نشأت بگیرد. اینکه این برتری حقوق بین الملل نسبت به حقوق داخلی مرتبط با مفهوم فراقانون اساسی بودن در نظر گرفته شود از لحاظ گرامری [دستوری] مقبول است. اما در این مفهوم، فراقانون اساسی بودن از یک نظم رده بندی شده<sup>۳۲</sup> قواعد حقوق وضعی<sup>۳۳</sup> (و عموماً مکتوب) ناشی می شود و از لحاظ سیاسی هم می توان آن را تایید یا محکوم نمود.

موضع ما برعکس موضع مدافعان ارزش فراقانون اساسی حاکمیت ملی می باشد. از نظر ما حاکمیت ملی نمی تواند از نظر قانون اساسی از هیچ وضعیت برتری بهره مند باشد. حاکمیت ملی هم یکی از هنجارهای دستوری [اساسی] در کنار دیگر هنجارهاست و با یک تجدید نظر در قانون اساسی می توان آن را نقض کرده یا آثار آن را تحدید نموده و آن را در معرض شکست قرار داد. دقیقاً از همین موضع است که امکان یک مافوق قانون اساسی بودن با ویژگی بین المللی سرچشمه می گیرد. برای آنهایی که بالعکس حاکمیت ملی را دارای یک وضعیت فراقانون اساسی می دانند نتیجه گرفته می شود که فراقانون اساسی بودن بین المللی نمی تواند وجود داشته باشد چون این [اصل

<sup>۳۱</sup> خواه از متن اصلی قانون اساسی و خواه از یک بازنگری اختصاصی همانند تجدید نظری که در قانون اساسی برای تجویز تصویب معاهده ماستریخت بعمل آمد.

<sup>۳۲</sup> Hiérarchique ترتیبی یا سلسله مراتبی

<sup>۳۳</sup> Agencement hiérarchique de règles de droit positif

فراقانون اساسی بین المللی] به محض ایجاد با حاکمیت ملی که خود دارای وضعیت فراقانون اساسی است، برخورد می کند.

۴- بدینسان قلمرو منازعه تعیین شده است: ما به توصیف قواعد غیر حقوقی (سیاسی یا اخلاقی) با عنوان فراقانون اساسی اعتراض نخواهیم کرد؛ همچنین به توصیف قواعد حقوق بین الملل با وصف فراقانون اساسی هم اعتراض نخواهیم داشت.

مسأله در اینجا به یک شکلبندی ساده که قبلاً طرح کلی آن را ارائه دادیم، برمی گردد. مجموعه قواعد واجد ارزش قانون اساسی دولت فرانسه با رجوع به قانون اساسی ۱۹۵۸، اعلامیه ۱۷۸۹، دیباچه ۱۹۴۶ و « اصول بنیادین بازشناخته شده توسط قوانین جمهوری » شناخته می شود. آیا می توان تصور کرد که هنجارهای حقوقی عالی رتبه تری در درون این مجموعه یا بیرون از آن وجود دارند، یعنی به زبان دیگر این هنجارها خارج از صلاحیت قوه مؤسسان بوده و قاضی اساسی باید آنها را نسبت به دیگر قواعد قانون اساسی مرجح شمارد؟ به سه دلیل پاسخ ما منفی است:

- حقوق وضعی فرانسه یا اگر ترجیح دهیم رویه حقوقی ما قواعد حقوقی فراقانون اساسی را به رسمیت نمی شناسد؛

- مفهوم هنجارهای فراقانون اساسی منطقیاً غیر قابل ساخت است؛

- فراقانون اساسی بودن برای نظم حقوقی مردم سالار خطرناک است.

تلاش ما در سطور ذیل معطوف به توضیح این سه پیشنهاد [پاسخ] خواهد بود:

## I - قانون اساسی؛ برترین هنجار حقوقی در حقوق وضعی

۵- برای اثبات این مدعی که در حقوق وضعی هیچ منبعی بالاتر از قانون اساسی نیست باید به دو نکته ذیل اشاره کرد:

- اولاً شورای قانون اساسی هیچگاه هنجارهای غیر مستند به یک قانون اساسی (بنیادی) را به عنوان هنجار حقوقی در نظر نگرفته است، همین امر وجود هنجارهای فراقانون اساسی<sup>۳۴</sup> را منتفی می کند.
- ثانیاً شورای قانون اساسی قایل به یک سلسله مراتب در بین مجموعه مقررات دارای ارزش قانون اساسی نیست. بنابراین در نبود چنین سلسله مراتبی یک اصل فرا- ما فوق قانون اساسی<sup>۳۵</sup> هم نمی تواند ظهور کند.

<sup>۳۴</sup> که ریشه آنها بیرون از قانون اساسی باشد.

<sup>۳۵</sup> ژرژ ودل در اینجا از واژه para- supra constitutionnalité استفاده کرده است. البته خود ایشان در همانجا این عبارت را بربر و خشن دانسته و عذرخواهی کرده ولی در عین حال آن را برای ایضاح مفهوم مفید دانسته است (م).

۶- شورای قانون اساسی با جدیت « قدرت نخستین » را متعلق به قوه مؤسس می داند، او با همان جدیت اعطای ارزش قانون اساسی به هر قاعده ای را که به صورت مستقیم یا اشتقاقی ریشه در یک قانون نداشته باشد، ممنوع اعلام می کند.<sup>۳۶</sup> با وجود این، عقیده مخالفی هم وجود دارد. این عقیده مخالف، به وسعت تمام در عالم سیاست و رسانه ها و در درجه ای پایین تر در عالم حقوقدانان گسترش یافته است. مطابق این نظر شورای قانون اساسی با توسل به روش های تفسیری نه تنهایی تواند به آفرینش واقعی قواعد جدید بپردازد بلکه حتی شورا بدون این پوشش قانونی و بدون استناد به یک متن قانونی به اعلام قواعد تازه می پردازد.

اولین منبع خطای فوق در این است که شوارای قانون اساسی چند وقتی درباره ذکر صریح منابع قانونی قواعدی که آنها را دارای ارزش قانون اساسی می شناخت، اهمال می کرد. مثلا درباره اصل تداوم خدمات عمومی وضع اینگونه بود یعنی شورا در یادآوری صریح منبع کوتاهی کرده بود. اما میتوان بدون هیچ تلاش خیالبافانه ای به وفور به پیدا کردن مبانی قانونی این اصل دست یازید: به عنوان مثال ماده ۵ قانون اساسی یا قوانین جمهوری که اصل تداوم خدمات عمومی را به عنوان مبنا در نظر گرفته اند.

منبع دیگر خطای طرفداران عقیده فوق [به کاربریهای متنوع واژه «اصل» در زبان حقوقی مربوط می شود که در موارد بسیاری صفت «کلی» را هم به همراه دارد] اصل کلی. [تقارب یا تشبیه] این اصول با «اصول کلی حقوق» که مظهر اعلامی قدرت هنجارسازی قاضی اداری می باشد، به نحو تقریبا خودکار صورت می گیرد. از این مساله نتیجه می گیرند که شورای قانون اساسی هم مانند شورای دولتی دارای قدرت هنجاری نخستین است.

اما گذشته از آنچه که می تواند درباره ماهیت دقیق اصول کلی حقوق - که شورای دولتی بیشتر به کشف آنها می پردازد [تا خلق آنها] - گفته شود، «اصل» یا «اصل کلی» در ادبیات شورای قانون اساسی یک واژه معناشناختی غیر حقوقی است. هدف، گردآوری قواعد مشابه که ریشه در یک یا چند متن قانونی داشته، اما دارای زمینه های اجرایی متفاوت هستند، می باشند. هنگامی که شورای قانون اساسی «اصل برابری» را پیش می کشد، هدف او انکار قوانین دستوری بعنوان منبع این اصل نیست.

سومین منشأ خطا درک نادرستی است که از «اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری»<sup>۳۷</sup> وجود دارد. در اینجا نیز بازشناسی چنین اصولی توسط شورا با شرایط خاص و با ارجاع به متون قانونی صورت می گیرد. [یعنی اینگونه نیست که شورای قانون اساسی بدون هیچ استنادی به خلق اصول بنیادی شناخته شده توسط قوانین جمهوری بپردازد.]

۷- هدف ما از بیان مطالب پیشگفته اثبات این نکته بود که شورای قانون اساسی فقط قواعدی را به عنوان قواعد حقوقی دارای ارزش قانون اساسی می شناسد که یک مبنای مستقیم یا اشتقاقی در یک متن قانونی دارای اعتبار قانون اساسی داشته باشند. بدینسان راه بر اصل فراقانون اساسی بسته می شود.

<sup>۳۶</sup> نویسنده اشاره می کند که شورای قانون اساسی پاداش این جدیت را به خوبی دریافت کرده است.

<sup>۳۷</sup> Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république »

اما باید پرسیده شود آیا قاضی قانون اساسی در مجموعه هنجارهایی که ریشه در قانون اساسی دارند، برخی از رده بندی ها را نمی پذیرد، آیا برای او هنجارهای درجه اول، هنجارهای درجه دوم یا درجه سوم وجود ندارد. آیا با تقلید از شوخی مشهوری که بر اساس آن « همه انسانها با هم برابرند اما برخی از آنها برابرترند»، نمی توان گفت « همه مقررات مندرج در قانون اساسی، اساسی اند اما بعضی از آنها اساسی تر از بقیه اند»؟.

مطمئناً با وارد شدن در این مسیر نمی توانیم به بازشناسی اصل فراقانون اساسی نایل آییم، بلکه فقط موفق به بازیابی آنچه آن را پارا- مافوق قانون اساسی نامیدیم،<sup>۳۸</sup> خواهیم شد. در واقع این نظریه در نفس الامر خود مستلزم این نیست که هنجارهای درجه اول یا درجه پایین تر، از امر بازنگری مصون بمانند، پس این دسته از قواعد به مفهوم حقیقی مافوق قانون اساسی نیستند. با وجود این قاضی موظف خواهد بود در صورت تعارض این قواعد با قواعد فروتر به آنها برتری بخشد و این همان چیزی است که به صورت جزئی نتیجه آن معادل اصل مافوق قانون اساسی است.

این مسأله، اما می تواند سکوی پرشی برای قائلین به سلسله مراتب در درون قانون اساسی باشد تا بدین طریق به مرحله فرا ملیت کامل<sup>۳۹</sup> صعود کنند. بدین معنی که برخی از قواعد درجه اول- مثل حاکمیت ملی- بیرون از حیطه اقتدار خود قوه مؤسس است.

۸- حال بحث [اصلی] به رویه شورای قانون اساسی مربوط می شود. سوال این است که موقعیت رویه شورا درباره فراقانون اساسی بودن ناقص یا کامل برخی از هنجارهای قانون اساسی چیست؟

یک نکته ابتدایی را باید روشن ساخت: این امر مسلم است که همه مقررات دارای ارزش قانون اساسی از اهمیت یکسان یا شان اخلاقی یا سیاسی مشابهی برخوردار نیستند. اما پرسش مطروحه به مساله سلسله مراتب حقوقی مربوط می شود و چنین سلسله مراتبی از خود قوانین اساسی قابل استخراج نیست. تجدید نظر در مقرراتی که ممکن است به نظر ما ضروری و مهم برسند روند متفاوتی را با روند تجدید نظر در قوانین کم اهمیت تر طی نخواهند کرد. علیرغم این آیا می توان گفت، شورای قانون اساسی در رویه خود به ویژه در زمینه حمایت از حقوق و آزادی ها یک سلسله مراتب حقوقی<sup>۴۰</sup> را می پذیرد چرا که این رده بندی به شورا اجازه می دهد تا در هنگام تعارض بین حقوق، آزادی ها، اصول و غایات دارای ارزش قانون اساسی برخی از آنها را به برخی دیگر ترجیح دهد. آزادی فردی و آزادی ارتباطات در درجه اول قرار خواهند گرفت و حق مالکیت و آزادی اقدام هم در رده دوم خواهند نشست.

<sup>۳۸</sup> یا به دیگر عبارت، نوعی «فراقانون اساسی بودن ناقص»

<sup>۳۹</sup> La pleine supranationalité

<sup>۴۰</sup> - سلسله مراتبی که به صورت خالص، اخلاقی یا سیاسی نیست.



شایسته است تا گزاره فوق را به صورت روشمند و با عنایت به تک تک آراء شورای قانون اساسی مورد بررسی قرار دهیم. در چهارچوب [تنگ] این مقاله نمی توانیم چنین کاری را انجام دهیم. اما آیا می توان گفت برداشت فوق [یعنی وجود سلسله مراتب حقوقی] بیشتر ناشی از احساسی است که از خواندن آراء به دست می دهد و نه برخاسته از یک تحلیل [علمی و حقوقی]. درباره این نکته باید به دو مطلب ذیل اشاره شود:

**مطلب نخست:** برای تعیین و شناخت جایگاه و رده دو قاعده متفاوت یک تجربه اساسی وجود دارد، این تجربه به مساله تعارض بین این دو قاعده مربوط می شود. اگر دو قاعده متعارض به یک رده و مرتبه تعلق داشته باشند، شایسته است بعد از بررسی دقیق واقعیت تعارض به به آشتی آنها پرداخت یعنی باید در جستجوی راه حلی بود که به بهترین تعادل ممکن منجر شود. بنابراین شورای قانون اساسی به هنگام تعارض بین حقوق، آزادی ها اصول و غایات دارای ارزش قانون اساسی یکی از آنها را به طور کلی قربانی دیگری نمی کند، البته اگر این حقوق با آزادی های متعارض از دو رده مختلف باشند، آن قربانی [رجحان] باید صورت گیرد.

**مطلب دوم:** ملاحظه دوم این است که آشتی مذکور در فوق با ترجیح سامانه وار<sup>۴۱</sup> یک حق یا آزادی بر دیگری صورت نمی گیرد، بلکه این امر با یک سنجش عینی و غالباً در پرتو اصل تناسب<sup>۴۲</sup> انجام می پذیرد. به عنوان مثال شورای قانون اساسی نمی پرسد که آیا حق اعتصاب باید از لحاظ حقوقی بر حق مالکیت، حق اشتغال، امنیت اشخاص، و اموال یا تداوم خدمات عمومی رجحان یابد یا نه. بلکه در مواردی که شورا باید درباره تطبیق یک قانون با قانون اساسی نظر دهد و قانون مصوب مجلس هم دربرگیرنده یک حق یا اصل متهافت با حق اعتصاب است، در این صورت شورا به صورت عینی<sup>۴۳</sup> بررسی خواهد کرد<sup>۴۴</sup> که آیا قربانی [محدودیت] تحمیل شده به حق اعتصاب<sup>۴۵</sup> - مثلاً بنام تداوم خدمات عمومی یا امنیت اشخاص و اموال - [امری] لازم یا افراطی است. اگر هدف مجلس از [تصویب یک قانون مثلاً] ساماندهی حق اعتصاب در تلویزیون و تأسیسات هسته ای باشد شورا [درباره این دو حوزه متفاوت] به راه حل یکسان نخواهد رسید. این سنجش<sup>۴۶</sup> به وضوح دربرگیرنده بخشی از ذهنیت تراکم ناپذیر<sup>۴۷</sup> است. بی تردید، اصطلاح «حقوق بنیادی»<sup>۴۸</sup> به کرار در برخی از کشورها به کار گرفته شده است، [خود] این اصطلاح القاگر نوعی سلسله مراتب است. لایحه بازنگری در قانون اساسی نیز که مایل به پذیرش ایراد مغایرت با قانون اساسی

<sup>۴۱</sup> سیستماتیک یا سامانه ای

<sup>۴۲</sup> Le principe de proportionnalité

<sup>۴۳</sup> Concrètement

<sup>۴۴</sup> - با توجه به دورنمای ترسیم شده توسط قانون مصوب مجلس

<sup>۴۵</sup> - منظور برتری بخشی حقوق یا اصول دیگر به حق اعتصاب است (م).

<sup>۴۶</sup> - (که کاملاً با «تقسیم گلابی به دو قسمت» متفاوت است)، منظور سازش و توافق منصفانه درباره تقسیم ضررها و زیانها است (م).

<sup>۴۷</sup> Subjectivité incompressible انباشت ناپذیر

<sup>۴۸</sup> یا هر معادل دیگری

۴۹ بود، این اصطلاح را به کار گرفته بود. [تصویب این لایحه بازنگری] می توانست تجربه جالبی باشد چون در ابتدا قاضی برای قبول ایرادهای مغایرت با قانون اساسی موظف به روشن ساختن این نکته بود که این حقوق بنیادین در فرانسه کدامها هستند. اگر فرضاً شرط بندی درباره یک نهاد مفروض مجاز بود، ما با کمال میل تضمین می کردیم که هیچکدام از حقوق و آزادی های تضمین شده توسط قانون اساسی از داشتن عنوان حق بنیادی محروم نمی ماند.

۹- بنابراین به نظر ما [فقط] با یک قرائت خیالپردازانه از رویه شورای قانون اساسی است که [می توان] به پذیرش اصول دقیقاً فرا قانون اساسی یا یک سلسله مراتب حقوقی در بین هنجارهای بنیادی گردن نهاد.

همانطور که لویی فاوورو یادآوری می کند شورا [ای قانون اساسی] در قضیه معاهده ماستریخت اندیشه برتری بعضی از اصول بنیادین<sup>۵۰</sup> نسبت به دیگر قواعد و در نتیجه تجدید نظر ناپذیر بودن آنها را به روشنی مردود اعلام می کند. این امر نفی مستقیم مسأله مافوق قانون اساسی بودن توسط شورای قانون اساسی است.

۱۰- برای ناکام ساختن این ادعاها می توان ایراد گرفت که اگر چه رویه شورا اصل فراقانون اساسی بودن آشکار و رسمی را مطرود می داند اما آیا دست کم در نفس پذیرش نهاد نظارت قضایی بر تطبیق قوانین با قانون اساسی [نوعی] مافوق قانون اساسی بودن پنهان<sup>۵۱</sup> وجود ندارد.

با سپردن این نظارت به یک قاضی مجهز به اختیارات گسترده تفسیری<sup>۵۲</sup> و با توجه با اینکه تفسیر نیز عمل اراده است<sup>۵۳</sup>، قاضی [مذکور] قدرت خلق هنجارهای اساسی و حتی مافوق قانون اساسی را به دست می آورد چه این هنجارها می توانند با دیگر قواعد رسماً نوشته شده تعارض پیدا کنند.

اینجا محل بحث پیرامون صحت و سقم نظریه های تفسیری نیست. ما تنها به بررسی این امر خواهیم پرداخت که تاثیرات نظریه های تفسیری بر مسأله فراقانون اساسی بسیار ضعیف بوده یا اصلاً تاثیری در این امر ندارند. با این همه، قاضی در کار تفسیری خود تابع برخی الزامها است. باری یکی از این الزامها آن است که قاضی اساسی فرانسوی<sup>۵۴</sup> از پذیرش « قدرت نخستین<sup>۵۵</sup> » یعنی قدرت رهایی از هر مبنای قانونی خوداری می ورزد. [اگر فرضاً] بپذیریم که شورای قانون اساسی از طریق تفسیر به «خلق» قواعد اساسی می پردازد [باید گفت] این قواعد از

<sup>۴۹</sup> L'exception d'inconstitutionnalité

<sup>۵۰</sup> در این مورد خاص اصل حاکمیت ملی در نظر است.

<sup>۵۱</sup> که می توان آن را فراقانون اساسی بودن « انضمامی » نامید.

<sup>۵۲</sup> تفسیر بر اساس نظریه های شناخته شده

<sup>۵۳</sup> و نه یک مقایسه ساده

<sup>۵۴</sup> منظور شورای قانون اساسی است.

<sup>۵۵</sup> La puissance initiale

لحاظ ساختاری مافوق قانون اساسی نیستند چرا که رده [(جایگاه)] آنها نمی تواند بالاتر از رده قانونی باشد که برای مشروعیت بخشی به این قواعد به آن استناد شده است.

بعلاوه، احدی گمان نمی کند که شورای قانون اساسی در مواجهه با یک بازنگری در قانون اساسی<sup>۵۶</sup> - که [موارد این بازنگری] مخالف رویه قضایی اوست - از تایید متن جدید و الزامات ناشی از تفسیر آن خوداری ورزد. بنابراین درباره بخش اول این مطالعه نتیجه می گیریم: [مسئله] فراقانون اساسی بودن در رویه قضایی شورای قانون اساسی فرانسه مقبول نیفتاده است. همچنانکه خواهیم گفت راه حل مخالف [دیدگاه فوق] از لحاظ نظری از انسجام کمتری برخوردار بوده و از لحاظ عملی فاجعه آمیز خواهد بود.

## II - امتناع منطقی مفهوم هنجارهای حقوقی فرا قانون اساسی

۱۱- مافوق قانون اساسی بودن در حالت خالص خود بر فرض وجود قواعد برتر از قانون اساسی متکی است و نه بر قواعدی که توسط خود قانون اساسی شکل گرفته اند. در این حالت، این قواعد به حداقلی از وجود عینی نیاز دارند تا با توسل به آن امکان «کشف» و شناخت محتوای آنها فراهم آید. آیا می توان گفت [صلاحیت] کشف و اجرای اصول فراقانون اساسی متعلق به یک دادگاه عالی است؟ در این صورت آیا به سادگی نمی توان گفت قاضی قدرت مؤسسان را به دست آورده است؟ در چنین حالتی بیشتر نوعی مادون قانون اساسی بودن حقوق اساسی نوشته وجود خواهد داشت تا مافوق قانون اساسی بودن دسته ای از قواعد. این امر به مسئله واژگونی اصطلاح برمی گردد که با یک ساخت نامقبول دولت مضاعف می شود. واژگونی اصطلاح بدین معنی است که ما برای معرفی یک نهاد دارای قدرت تعیین محتوای قواعد برتر و دارنده قدرت واقعی مؤسسان از واژگانی بهره می گیریم که [معمولاً] درباره نهادهایی با کارکرد قضایی به کار می رود. دگرگون ساختن واژگان در [عالم] واقعیت به اعطای قدرت اولیه به هیأتی مربوط می شود که بر اساس رویه کلی نحوه تعیین اعضا و وضعیت [حقوقی] آن اعطای چنین اختیاری را مشروع نمی کند.

علیرغم آنچه که **لویی فاوورو** می گوید اگر بخواهیم به مسئله فراقانون اساسی بودن دلالت مقبولی بدهیم باید قاضی را تحت حکومت حقوق طبیعی قرار دهیم. اما به لحاظ اینکه این حقوق [طبیعی] فاقد یک عینیت ملموس

---

<sup>۵۶</sup> بازنگری به شکل درست و صحیح آن

می باشد توسل به آن هم تماما شفاهی<sup>۵۷</sup> [زبانی] خواهد بود. به عبارت دیگر حقوق فراقانون اساسی<sup>۵۸</sup> مظهر ذهنیت [گرایی]<sup>۵۹</sup> قاضی است و از همین جاست که به مورد قبلی باز می گردیم.

۱۲- در اینجا به یادآوری تمام سرنخهای قدیم و جدید که با توسل به آنها مبادرت به یافتن نایافتنی کردیم، نمی پردازیم: حقوق ناملموس (از لحاظ عینی)، نامقرر، بی قاعده [شکل نیافته]، نظارت نشده توسط یک مقام اجتماعی.

آیا این بار توسل به این اندیشه که اصل فراقانون اساسی ریشه خود را در خارج از مرزهای دولت یعنی در جامعه بین المللی جستجو می کند، قرین توفیق خواهد بود؟

پیش از این گفتیم اگر غرض از استخدام واژه مافوق قانون اساسی بودن تبیین اثر محتمل تفوق حقوق بین الملل<sup>۶۰</sup> بر حقوق داخلی و حتی حقوق اساسی است، در این صورت ما با یک مشکل محض لغوی مواجه ایم. وانگهی ما این نکته را هم اضافه کردیم که قرار دادن اصل حاکمیت ملی در این مجموعه فراقانون اساسی بسیار دشوار خواهد بود.

اما به مدد یک لغزش [اندیشه ای] برخی این طور القاء می کنند که می توان در [پدیده] همگرایی واقعی و متداول قوانین اساسی مردم سالار<sup>۶۱</sup> و رویه های قضایی ملی نوعی «مجموعه<sup>۶۲</sup>» پیدا کرد. این مجموعه بدون هیچ معاهده رسمی می بایست اعتبار حقوقی به دست آورده و به جامعه (بین المللی) تحمیل شود. این همگرایی هایی را که به صورت ویژه ای در زمینه حقوق و آزادی ها محسوس است، باید همانند هنجارهای فراقانون اساسی نگریم. در اینجا نیز منطق، ارزش و اعتبار خویش را پیدا نمی کند. در حقیقت، ما نه با قواعد معاهده ای و نه با قواعد عرفی مواجه ایم، زیرا همگرایی خارج از روابط متقابل برای خلق این قواعد کافی نیست. به چه اعتباری رفتار مشابه دو دولت<sup>۶۳</sup> بدون یک توافق مشترک، صریح یا ضمنی می تواند خالق یک قاعده حقوقی باشد؟ خلاصه آنکه، ادعای استخراج یک هنجار بین المللی از یک تصدیق حقوق تطبیقی [گونه ای] اختلاط انواع است.

۱۳- در نتیجه برای یک ساخت منطقی فراقانون اساسی بودن باید راه حل دیگری جستجو کرد، راه حلی که ظاهرا تناقض نما است؛ راه حل مذکور این است که بگوییم محتوا و مبنای [اصل] مافوق قانون اساسی در خود

<sup>۵۷</sup> Verbal

<sup>۵۸</sup> کاربرد اصطلاح *droit supraconstitutionnel* به خاطر نبود اصطلاح بهتر است.

<sup>۵۹</sup> Subjectivité

<sup>۶۰</sup> حقوق بین الملل که اصولا یک حقوق معاهده ای *conventionnel* است.

<sup>۶۱</sup> Des Constitutions démocratiques

<sup>۶۲</sup> Corpus جنگ

<sup>۶۳</sup> رفتاری که هریک از دو دولت بدون هماهنگی با دیگری در قلمرو خاص خود انجام می دهند.

قانون اساسی است. آیا برای قوه مؤسس ممکن نیست تا با اعلام تغییر ناپذیر بودن برخی از مقررات، خود را مقید سازد؟ بدینگونه مجموعه هنجارهایی که توسط قوه مؤسس اولیه تلویحا یا تصریحا غیر قابل بازنگری اعلام شده اند، مافوق قانون اساسی خواهد بود.

پیش از تلاش برای پاسخگویی به این پرسش به تفسیر واژه «تلویحا»<sup>۶۴</sup> می پردازیم. ممکن است قوانین اساسی غیر قابل تجدید نظر بودن یک مقرر را صریحا اعلام نکنند اما گفته شود این مقرره آنچنان بنیادین است که قوه مؤسس ضرورتا می بایست آن را غیر قابل تغییر اعلام می کرد، چه تخریب این [اصل یا مقرره] قانون اساسی را از هر مبنایی تهی خواهد ساخت.

اختصارا این همان چیزی است که وقتی می خواهیم اصل حاکمیت ملی و نتایجش را خارج از صلاحیت قوه مؤسس اشتقاقی قرار دهیم از آن دفاع می کنیم.

این روایت از [مسأله] فرا قانون اساسی<sup>۶۵</sup> لزوما نیازمند بحث متفاوتی نسبت به روایتی که قانون اساسی صریحا غیر قابل تغییر بودن یک هنجار را اعلام می کند، نیست.

تنها باید این نکته را متذکر شویم که این روایت [تلویحی] حاوی دشواری مضاعفی است، این دشواری مربوط به تعیین روش شناخت شاخصه بنیادی است، [شاخصه ای که] به مدد آن مافوق قانون اساسی بودن یک قاعده معین توجیه می شود. اما این یک مشکل ثانوی است چرا که به نحوه بیان صریح یا ضمنی مسأله فرا قانون اساسی بودن مربوط می شود و مشکل خاصی برای ماهیت مسأله یعنی امکان محدود سازی<sup>۶۶</sup> قوه مؤسس ثانوی به وجود نمی آورد.

۱۴- از لحاظ مبنایی یک هنجار فرا قانون اساسی می تواند سرچشمه خود را در یک محدودیت قوه مؤسس ثانوی پیدا کند. هر قانون اساسی در برگیرنده یک سری قواعد مربوط به بازنگری و نیز جایگاه قوه مؤسس اشتقاقی است. این محدودیتها کدامند؟

به راستی که فقط یک محدودیت گریزناپذیر وجود دارد: این محدودیت آنست که بازنگری می باید فقط بر اساس قواعد صلاحیت و آیین نوشته شده در قانون اساسی انجام گیرد. اگر این شرط مورد توجه قرار نگیرد بازنگری مورد ادعا<sup>۶۷</sup> از لحاظ حقوقی غیر ممکن خواهد بود.

---

<sup>۶۴</sup> Tacitement

<sup>۶۵</sup> منظور روایتی است که در آن خود قانون اساسی صریحا به فرا قانون اساسی بودن یک اصل اشاره نکرده است. (م).

<sup>۶۶</sup> مقید ساختن قوه مؤسس به محدودیتهای گریزناپذیر

<sup>۶۷</sup> صرف نظر از محتوای تجدید نظر

اما بازنگری انجام شده در چهارچوب قواعد صلاحیت نمی تواند مقید به محدودیت‌هایی شود. همانطور که شورای قانون اساسی اخیراً گفته است قوه مؤسس،<sup>۶۸</sup> حاکم است. مشتق بودن این قوه هم فقط جنبه سازمانی و رسمی دارد و از لحاظ ماهوی یعنی آنچه به ماده و محتوای تجدید نظر ارتباط دارد، با قوه مؤسس اصلی تفاوتی ندارد. چاره این مسأله که قانون اساسی می تواند به تجویز بازنگری در برخی مقررات پردازد، اعتراض می شود. برای ذکر یک مثال رایج به این نکته اشاره می کنیم که آخرین بند ماده ۸۹ بر اساس سنت جمهوری خواهانه مقرر می دارد: « شکل جمهوری حکومت نمی تواند موضوع یک بازنگری قرار گیرد.». اما این عبارت نمی تواند منطقی مانع بازنگری در خود این بند شود؛ بازنگری در خود بند [آخر ماده ۸۹ هم] در مرحله بعد اجازه زیر سوال بردن شکل جمهوری حکومت را خواهد داد.<sup>۶۹</sup>

<sup>۶۸</sup> در ما نحن فیه قوه مؤسس «اشتقاقی» مد نظر است.

<sup>۶۹</sup> تلاش آرمان گرایانه **ژرژ ودل** در اینجا معطوف به اثبات این امر بوده که حتی در صورت تصریح قانون اساسی به خطوط قرمز و اصول تغییر ناپذیر می توان در مرحله اول به بازنگری در خود اصول مربوط به بازنگری پرداخت و با تجدید نظر در اصول و قواعد بازنگری زمینه تجدید نظر پسینی در خطوط قرمز و هسته نفوذ ناپذیر قانون اساسی را فراهم ساخت. بعنوان مثال از دیدگاه **ودل** بازنگری در مقررات مربوط به بازنگری در ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران بدین معنی خواهد بود که ابتدا به تجدید نظر در اصل ۱۷۷ قانون اساسی پرداخته شود و در مرحله ثانوی به تجدید نظر در اصول لایتنیغری مبادرت شود. راه حل **ودل** با الهام از اندیشه های مردم سالاری محض (مطلق) مبتنی بر این فرض است که مثلاً خود بند آخر ماده ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه و اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی قابل بازنگری اند و مقررات مذکور هم این امر را ممنوع نکرده اند. توضیح آنکه بند آخر ماده ۸۹ قانون اساسی فرانسه فقط به ممنوعیت بازنگری در شکل جمهوری حکومت اشاره دارد و هیچ اشاره ای به ممنوعیت تجدید نظر در خود ماده ۸۹ نمی کند، حتی در صورت تصریح هم این امر نمی توانست از نظر **ودل** مقبول باشد چه دوباره همین استدلال را درباره آن مطرح می کرد و... بر اساس دیدگاه **ودل** اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز فقط به ممنوعیت بازنگری در « محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی و دین و مذهب» اشاره دارد و تصریحی درباره تغییر ناپذیر بودن خود اصل ۱۷۷ ندارد. نتیجه آنکه بر اساس این دیدگاه جهت حفظ احترام قانون اساسی و اجرای دقیق آن ابتدا باید در نخستین مرحله مطابق قواعد یا معیارهای پیشینی شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی به بازنگری در خود اصل ۱۷۷ پرداخت یعنی در این مرحله (بازنگری اول) قوه مؤسس، حاکم مطلق نیست و حق تغییر اصول تغییر ناپذیر (دینی بودن حکومت، جمهوری بودن حکومت) = اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی، ولایت امر و امامت امت و دین و مذهب رسمی ایران) را ندارد. اما در مرحله دوم یعنی در فرض پیروزی در تغییر اصل ۱۷۷ که « پس از تایید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت کنندگان در همه پرسى برسد»، می توان به بازنگری در اصول ظاهراً لایتنیغری پرداخت.

به نظر صاحب این قلم، دیدگاه **ودل** با آرمانهای دموکراسی محض منطبق است یعنی در این چشم انداز دموکراسی مطلقاً قید ناپذیر است، هر نسلی می تواند خطوط قرمز نسلهای پیشین را درنوردیده و بر آنچه گذشتگان غیر قابل تغییر اعلام کرده اند مهر خاتمت زند. صرف نظر از حسن و قبح دیدگاه **ودل** باید گفت اندیشه او کاملاً آرمانگرایانه است چه :

اولاً- در حال حاضر شاید نتوان هیچ مثال عینی برای این دیدگاه حتی در بین دموکراسی های بزرگ پیدا کرد یعنی تجربه مردم سالاری راه حلی غیر از راه حل **ودل** را برگزیده است چه تاریخ حقوق اساسی خصوصاً در فرانسه و آلمان نشان می دهد که سپردن قدرت مطلقه ولو به قوه مؤسس منتخب مردم ممکن است در نهایت دموکراسی را در سرایشی دیکتاتوری، تبعیض نژادی (مذهبی یا ...) و ... قرار دهد. البته این امر به معنای این نیست که نظرگاه **لویی فاوورو** مبنی بر مقید بودن قوه مؤسسان به اصول (فرا) قانون اساسی خالی از اشکال است چرا که به راحتی می توان تضاد این گونه قید ها را با اصول دموکراسی ناب تشخیص داد. اما پرسش این است که آیا می توان نسخه واحدی را برای تمام جوامع پیچید، آیا می توان به صورت مطلق قابل به این امر شد که نسخه **فاوورو** یا **ودل** برای تمام نظامهای سیاسی اعم از مردم سالار یا مردم ستیز شفافبخش است. در اینجاست که توجه به ماهیت قیود و محدودیت‌های قوه مؤسسان اهمیت می یابد. یقیناً قیودی که در راستای تحکیم دموکراسی یا حقوق ملت و آزادی های فردی است

در واقع ما در اینجا با یکی از مشکلات کلاسیک نظریه های خودمحدودسازی<sup>۷۰</sup> روبرو هستیم. حاکم نمی تواند خویشتن را مقید سازد. حاکم می تواند در هر لحظه و به اعتبار حاکمیتش هنجاری را که تغییر [بازنگری] را ممنوع می داند، تغییر دهد.

۱۵- با وجود این آیا نمی توان با کاربرست ماهرانه روشهای فن حقوقی مانع مذکور را دور زد؟  
قانون بنیادی سوم ژوئن ۱۹۵۸ با تخطی از آیین بازنگری پیشینی شده در قانون اساسی ۱۹۴۶ آیین دیگری را برای تجدید نظر ترتیب می دهد، مطابق این آیین، ماموریت تدوین طرح [بازنگری در] قانون اساسی<sup>۷۱</sup> به دولت سپرده شده است، این طرح باید در معرض همه پرسى قرار گیرد. اما این قانون تطبیق طرح بازنگری را با پنج شرط (آراء عمومی، تفکیک قوا، مسولیت دولت در برابر پارلمان، و...) الزامی کرده است. بعلاوه همین قانون به صورت ماهرانه ای اعتبار آیین [بازنگری] را مقید به [یکسری] اصول ماهوی نموده [و در همان حال] به این اصول ویژگی غیر قابل تخطی قواعد شکلی و صلاحیت<sup>۷۲</sup> را اعطا کرده است.

مثال ارائه شده آموزنده است. محدودیتهای وارده بر اعمال قوه مؤسس<sup>۷۳</sup> فقط به این دلیل وجهه آمرانه داشت که قانون بنیادی ۳ ژوئن ۱۹۵۸ اولین مرحله از عملیات پیچیده ای بوده که قوه مؤسس موظف به تعیین نحوه اجرای آن بوده است. اما این محدودیتهای اعتباری برای دیگر عملیات [مربوط به] بازنگری [در قانون اساسی] نداشته و نمی تواند داشته باشند. امروزه احدی از این امر حمایت نمی کند که از لحاظ حقوقی [مثلاً] یک بازنگری در قانون اساسی

---

در مقایسه با قیود مغایر آنها از ارزش یکسانی برخوردار نخواهند بود. بعنوان مثال قانون اساسی فرانسه قوه مؤسسان را محدود و مقید به پاسداری از شکل جمهوری حکومت کرده است، برخی از قوانین اساسی نیز قوه مؤسسان را مقید به پاسداری از شکل مستبدانه حکومت یا برخی اصول آزادی ستیز و مغایر حقوق انسانی کرده اند، در ظاهر امر قوه مؤسسان در هر دو سامانه سیاسی محدود و مقید به نظر می رسند اما آیا می توان محدودیت قوه مؤسس فرانسوی را با قیود تحمیل شده بر این قوه در دیگر نظام های سیاسی یکسان دانست.

ثانیاً- مهمتر اینکه در دیدگاه **ودل** مسأله **تداوم مردم سالاری** مغفول مانده است یعنی درست است که هدف پشتیبانی از مردم سالاری مطلق است اما بر اساس این دیدگاه چه سازوکاری می تواند از تبدیل مردم سالاری به نقیض آن جلوگیری کند. نظریه تقیید اقلی قوه بازنگری (جهت محافظت از اصل دموکراسی) حداقل در نظامهای مردم سالاری همانند نظام سیاسی فرانسه قابل دفاع به نظر می رسد.

ثالثاً - تعیین محل نزاع در این جا از اهمیت مبنایی برخوردار است. حالت نخست این است که محل نزاع در چیستی یا کم و کیف محدودیتهای قوه مؤسس قرار دهیم (نه در اصل وجود این محدودیتهای). در این صورت آنچه اهمیت می یابد چیستی محدودیتهای و به ویژه روند و چگونگی تعیین آنهاست یعنی سوال این است که چه کسی یا چه نهادی صلاحیت تعیین این قیدها را دارد و چه آیین و روندی باید برای تعیین آنها طی شود. حالت دیگر این است که در مورد اصل قضیه به بحث پردازیم یعنی به مسأله بود و نبود کلی قیدها توجه نشان دهیم، بدیهی است در این حالت سخن گفتن از چیستی و چگونگی قیدها از اهمیت درجه دوم برخوردار خواهند بود(م).

<sup>۷۰</sup> Les théories de l'autolimitation

<sup>۷۱</sup> Projet de Constitution

<sup>۷۲</sup> Le caractère incontournable des règles de compétence et de forme

<sup>۷۳</sup> L'exercice de pouvoir constituant

۱۹۵۸ نمی تواند مسوولیت دولت در برابر مجلس را با استناد به یک مافوق قانون اساسی بودن برخاسته از قانون بنیادی ۳ ژوئن ۱۹۵۸ الغاء کند.

۱۶- آیا مساله احتمال وجود هنجارهای حقوقی جاودان در بطن بحث درباره منطق حقوقی، نهفته نیست؟ تصور این امر دشوار است که جاودانگی بتواند به یک مجموعه اساسی گسترش یابد اما نتواند این یا آن هنجار اساسی (از لحاظ حقوقی) و برخوردار از وضعیت فراقانون اساسی (مثل حاکمیت ملی و حقوق «بنیادی»؟) را در بر بگیرد.

جهت به شکست کشانیدن این اندیشه که حاکم نمی تواند خویشتن را محدود سازد فقط دو راه وجود دارد: اولین راه پذیرش این است که هرگز حاکم وجود نداشته است و دومین راه قبول این امر است که از این پس دیگر حاکمی وجود ندارد.

۱۷- اگر متعالی [برتر] بودن برخی از هنجارها را بپذیریم [بنابراین باید گفت] هرگز حاکم وجود نداشته است. گنجاندن این تعالی در قانون اساسی یک اعلام یا ثبت [رسمی] است و فراقانون اساسی بودن این نرمها نیز قانونی است. این حداقل یکی از مفاهیم حقوق بشر در اعلامیه ۱۷۸۹ می باشد.

آیا باید دوباره دو نقطه عزیمت اجباری این راه را یادآوری کنیم: تفوق بنام چه؟ آیا میتوان این تفوق را در یک ساختار حقوقی جای داد؟

استنتاجهای دیگر کمتر جنبه نظری دارند: چگونه باید تفوق مورد ادعا را با تحول پذیری تاریخی و جغرافیایی هنجارهای متعالی آشتی داد؟ آیا می توان با پس زدن دانسته های واقعی درباره انسان گذشته، حال و آینده دوباره به افقهای غیرقابل عبور باور داشت؟

۱۸- مبنای تغییر ناپذیری [جاودانگی] را می توان از طریق دیگری جستجو کرد: پیش از این یک حاکم وجود داشته است اما دیگر حاکمی وجود ندارد.

توسعه این فکر بدین صورت انجام می یابد: جامعه [سیاسی] با یک قرارداد مشروط قدم به عرصه حیات می نهد. این قرارداد حاکمی را به وجود آورده که فقط یک لحظه پابرجا بوده است چرا که اعمال حاکمیت او محصور به احترام به شرایط منجر به تولد وی بوده است. این دیدگاه نیز جایگاه خود را در بین دیدگاههای متعدد مربوط به اعلامیه [۱۷۸۹] پیدا می کند: « غایت هر اجتماع سیاسی حفاظت از حقوق طبیعی و جاودان بشر است.». بنابراین فراتر از حاکم حقوق جاودانی وجود دارد که حفاظت از آنها مشروعیت بخش است.

ویژگی فراقانون اساسی اعطا شده به حاکمیت ملی نیز مبنای مشابهی دارد. قدرت تصمیم گیری شناخته شده توسط اقلیت برای اکثریت در اصل و همواره توسط هر فرانسوی (احتمالاً عضو گروه اقلیت) به دیگر فرانسوی ها (ی



عضو گروه اکثریت) اعطاء شده است. اما درباره رابطه اکثریت و اقلیت در خارج از چهارچوب ملی باید گفت اکثریت در این عرصه سمت تصمیم گیری خود را از دست می دهد. در اینجا نیز حاکمیت مقید به شرایط یک قرارداد است و یک لحظه [هم] برای اعمالش دوام نمی آورد چون اعمال این حاکمیت در مرزهایی که او را به وجود آورده محصور است.

مدت زمان مدیدی است که می دانیم تنوعات موجود پیرامون قرارداد اجتماعی [فقط] یک حکایت تاریخی نیست بلکه این گوناگونی ها یک سیمای هندسی را نشان می دهند که در حال اثبات یک قضیه روی تخته سیاه است. هدف تعریف روزگار گذشته نیست، بلکه مقصود ایضاً تنها استدلال ممکن برای توجیه انقیاد انسانهای «طبیعتاً» آزاد و برابر در مقابل الزامهای برخاسته از دیگری است.

اما یک عمل شالوده ساز حقوق نمی تواند نسبت به یک حداقل جایگیری در تاریخ سپری شده توسط انسانها چشم ببوشد. افسانه روینسون ها که جزیره های شخصی خود را برای درست کردن یک مجمع الجزایر به هم پیوند دادند، فقط یک تولید شاعرانه و سحرانگیز است.

در مفهوم اخیر فرا قانون اساسی بودن، منطق درونی کم خطرات از بنای تاریخی داستان شالوده ساز است. از لحاظ ماهوی تناقض بنیادین مشترک در تمام ساختهای ممکن فرا قانون اساسی بودن در اندیشه امکان ساختن یک نظم حقوقی دموکراتیک مشروط بر تحت نظارت بودن ملت حاکم، نهفته است. حال اگر به جای عقل محض با عقل عملی به بررسی موضوع پردازیم، خواهیم دید که مکاتب مختلف فرا قانون اساسی بودن، اصل و نظم و نسق نهادهای دموکراتیک را به مهلکه می فرستند.

### III - خطرناکی فرا قانون اساسی بودن برای نظم حقوقی مردم سالار

۱۹- مرتباً به هنگامی که شورای قانون اساسی به سانسور یک قانون حساس<sup>۷۴</sup> می پردازد، یک اتهام متداول ظاهر می شود: قاضی اساسی [شورای قانون اساسی] با اراده عمومی متجلی در قانون مصوب نمایندگان به حق مردم مخالفت می کند. حقوقدانان نیز همانطور که خود شورا گفته است متناوباً پاسخ می دهند: « قانون تنها در صورتی مظهر اراده عام است که به قانون اساسی احترام گزارد». شورا اضافه می کند: فقط قوه مؤسسان حاکمیت اصیل را به تمام و کمال و به صورت یکپارچه آن در اختیار دارد؛ قوای مؤسس<sup>۷۵</sup> از جمله قوه قانونگذار فقط اعمال مشروط و جزئی حاکمیت را در اختیار دارند. بنابراین و به درستی شورای قانون اساسی، قانون اساسی یعنی اراده حاکم مردم را بر اراده قانونگذار برتری می بخشد.

<sup>۷۴</sup> قانونی که از لحاظ سیاسی مربوط به یک موضوع حساس است.

<sup>۷۵</sup> منظور قوای مستقر و تاسیس شده توسط قوه مؤسس اولیه است: قوای سه گانه مجریه، مقننه و قضائیه

۲۰- این بنای ضروری برای دستورگرای ۷۶ مردم سالار، هم واقعگرا و هم متعادل است.

غالباً و بدون تردید، اندیشه تفوق قانون اساسی به عنوان اندیشه ای مرتبط با یک قرارداد اجتماعی معرفی می شود. برتر بودن قانون اساسی تبیین این امر است که پیمان بنیانگذار<sup>۷۷</sup> - که دارای ماهیت شبه قراردادی است - نمی تواند بدون مؤافقت تمام طرفین انعقاد قرارداد تغییر یابد.

در واقع به بهانه تقریب به این آرمان نظری، عمل حقوق اساسی<sup>۷۸</sup> نیز به سازماندهی یک سامانه واقعگرا<sup>۷۹</sup> پرداخته است، این سامانه واقعگرا از این اندیشه که تدوین یک قانون اساسی یا بازنگری در آن تنها از اجماع ((اتفاق آراء)) نشأت می گیرد، چشم پوشی می کند. عمل حقوق اساسی تحت اشکال گوناگون مجموعه قواعد متنوعی (بر اساس کشورها و زمانها) را جایگزین چنین خواستی کرده است، این مجموعه ها متمایل به تصدیق ثبات، قاطعیت و سنجیدگی اراده حاکم است. وانگهی بیش از پیش درباره تدوین یا بازنگری در قانون اساسی حق زدن حرف آخر به شهروندان تعلق دارد که آنها نیز از طریق همه پرسى نظر خود رایان می کنند.

بعلاوه این سامانه حداقل با تحقق چند شرط حالت متعادلی دارد. کند شدن سرعت تصمیم گیری<sup>۸۰</sup> در زمینه هایی که اصول ضروری را به ورطه خطر سوق می دهد باعث تسهیل تامل ((بیشتر)) می شود. همچنین ((وجود)) شرط اکثریت خاص<sup>۸۱</sup> در مجالس و توسل به همه پرسى موجب حداکثر حفاظت ممکن از اصول مذکور در مقابل تعدی های سامانه (سیستم) نمایندگی و سامانه حزبی متحد با آن می شود.

لیکن [خود] مردمی که صحت آراء آنان با روشهای پیشگفته مورد حفاظت قرار می گیرد به هنگامی که چونان قوه اصیل و قوه مؤسس ظاهر می شود، حاکم است.

نه تنها مشروعیت قانونگذار ریشه در این ساخت دارد بلکه مشروعیت قاضی قانون اساسی نیز از همین منبع سرچشمه می گیرد. همانطور که پیش از این نوشتیم این مشروعیت ناشی از آن است که [خود] قاضی قانون اساسی نیز یک قوه مؤسس<sup>۸۲</sup> بوده و حاکم بر هنجارهای مرجع<sup>۸۳</sup> نمی باشد. به تعبیر **رنه شاپو**<sup>۸۴</sup> آراء قاضی قانون اساسی از ارزش

---

<sup>۷۶</sup> دستور گرای، گرایش به قانون اساسی و نهضت قانون اساسی برگردانهایی است که زنده یاد دکتر ابولفضل قاضی استاد شهیر حقوق اساسی برای واژه constitutionnalisme برگزیده بود. رک: دکتر قاضی، ابوالفضل؛ حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۱، صص. ۲۶ و ۶۱. (م).

<sup>۷۷</sup> Le pacte fondateur

<sup>۷۸</sup> La pratique constitutionnelle

<sup>۷۹</sup> Un système réaliste

<sup>۸۰</sup> این کندشدگی از آیین پیشینی شده برای بازنگری نشأت می گیرد.

<sup>۸۱</sup> La majorité renforcé اکثریت تقویت شده یا مشدد

<sup>۸۲</sup> Un pouvoir constitué

<sup>۸۳</sup> هنجارهایی که باید قوای دیگر را وادار به احترام به آنها کند.

<sup>۸۴</sup> René CHAPUS یکی از اساتید بسیار برجسته حقوق اداری در فرانسه است. ایشان آثار ذیقیمتی درباره کلیات حقوق اداری (در دو جلد)، ترافعات حقوق اداری و غیره دارند. این آثار مدتهاست که در دانشکده های حقوق و دیگر مراکز حقوقی فرانسه به منابع درجه اول و بعضاً بلامنازع تبدیل شده اند. معذالک هنوز آثار و اندیشه های این صاحب نظر همانند بسیاری دیگر از حقوقدانان ممتاز معاصر در کشور ما ناشناخته مانده اند. (م).

فراقتینی<sup>۸۵</sup> و مادون قانون اساسی<sup>۸۶</sup> دارند. قوه مؤسسان می تواند این یا آن هنجار را تغییر داده یا تفسیری را تحمیل نماید که تفسیر قاضی (قانون اساسی) نبوده است. راست است که این تعادل قابل تحقق نیست مگر اینکه خود دستیابی به بازنگری در قانون اساسی به صورت مردم سالارانه سازماندهی شده باشد.

۲۱- وارد ساختن اسطوره فراقانون اساسی در این ساختار واقعه‌گرا و متعادل بی نظمی مطلق را دامن خواهد زد. فراقانون اساسی بودن با خلع ید از حاکم، نهادها [ی حکومتی] را تسلیم دو راهی الیگارش<sup>۸۷</sup> و حکومت قضات خواهد کرد.

۲۲- [در هر حال] حاکم، مخلوع است یا بهتر بگوییم به صورت ماهرانه ای ناپدید شده است. چه قایل به این باشیم که هرگز حاکمی وجود نداشته و چه معتقد باشیم که از این پس حاکمی نخواهد بود، مطابق قرائتهای مذکور در فوق قوه مؤسسان یک قدرت نخستین نیست. خود قوه مؤسس تابع هنجارهایی است که کاملاً آیینی<sup>۸۸</sup> نیستند، او مطیع شرایط مشروعیت است در حالی که این خود قوه مؤسس است که باید تجسم بخش مشروعیت یا تعریف کننده آن باشد.

این مساله که مافوق قانون اساسی بودن [باید یا می تواند] ماشینی برای ویران ساختن قوه مؤسس باشد توسط **لویی فاوورو** مورد تایید قرار گرفته است، بر این مبنا همچنانکه یک قیم مانع اعمال ابلهانه یک سفیه می شود، مافوق قانون اساسی بودن [نیز] باید عادی سازی<sup>۸۹</sup> بازنگری در قانون اساسی را ممنوع سازد.

فراقانون اساسی بودن به منزله یک مجموعه قواعد حقوقی [بیشتر از آنکه] بر یک برهه ای از تاریخ تکیه زند بریک توهم متکی است. [بر این اساس] بشریت سامانه ای از ارزشهای قطعی را تاسیس کرده که دیگر دستکاری در آن ممکن نیست.

<sup>۸۵</sup> La valeur supralégislative

<sup>۸۶</sup> La valeur infraconstitutionnelle

<sup>۸۷</sup> شاید واژه oligarchie در این بخش از نوشته استاد **ودل** با مفهوم رایج آن اندکی متفاوت باشد چه الیگارش<sup>۸۷</sup> در فرهنگ سیاسی رایج به معنای حکومت خواص است مثلاً مطابق نظر نویسندگان یکی از واژه نامه های حقوقی مشهور در فرانسه الیگارش<sup>۸۷</sup> مبین یک رژیم سیاسی است که در آن قدرت به شمار محدودی از افراد و به ویژه به یک طبقه خاص (مثل اشراف زادگان، دانشمندان، صنعتگران یا...) تعلق دارد (رک. به: – GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.) ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 1999, p. 367. )

اما در اینجا مقصود **ودل** این نیست که فرا قانون اساسی بودن منجر به حکومت خواص یا حکومت طبقاتی مثل حکومت اشراف، روحانیون، دانشمندان یا غیره می شود بلکه منظور وی این است که قدرت اصلی حکومت در مجلس متراکم می شود. حال در اینکه مجلس متشکل از کدام طبقات اجتماعی است یا اینکه آیا هیولای فراقانون اساسی می تواند در یک فرض ممکن به طبقاتی کردن پارلمان بپردازد یا... اینها سوالاتی است که **ژورژ ودل** به آنها پرداخته است (م.).

<sup>۸۸</sup> Des normes non purement procédurales

<sup>۸۹</sup> La banalisation

شگفت‌انگیز تر آنکه این ثبات‌گرایی در جوامع لائیک (از لحاظ حقوقی) و مادی (از لحاظ روانی) ریشه دوانده است. هر چند که گذار از نظم مذهبی به نظم حقوقی، پرسش برانگیز است [ولی] می‌توان تصور کرد که در یک سامانه اعتقادی که انسان را به عنوان مخلوق در نظر می‌گیرد، مجموعه‌ای از قواعد تحمیل شده توسط آفریدگار وجود دارد. اما اگر انسان آگاه‌ترین فرزند یک طبیعت بی‌چهره است، بنابراین او خود آفرینشگر خود در طول اعصار است و نیازی به پیروی از الگویی جز آنچه خود طراحی کرده، ندارد. ساخت و تحول یک سامانه ارزشی از یک مبارزه بزرگ و دائم سیاسی نشأت می‌گیرد و نه از یک اولویت حقوقی. حقوق نمی‌تواند چیزی جز خودش باشد و در طبیعت اوست که نه یک هنرکده<sup>۹۰</sup> و نه یک آزمایشگاه باشد، بلکه محیط همزیستی مسالمت‌آمیزی برای هر دو است.

۲۳- فراقانون اساسی بودن منجر به بازشدن دو راهی الیگارش‌ی و سلطنت قضات می‌شود.

بازگشت به الیگارش‌ی از این امر منتج می‌شود که قانونگذار با استناد به اصول خیالی فراقانون اساسی به مخالفت با مقررات بنیادی پرداخته و از دیگر سوی به نفی صلاحیت قاضی اساسی برای حکم کردن در مورد این اختلاف خواهد پرداخت.

در این معنا قدرت حاکم که مافوق خود قوه مؤسسان است، به اکثریت مجلس انتقال می‌یابد بدون اینکه امکان نظارت بر آن از طریق همه‌پرسی وجود داشته باشد یا بدون اینکه مقتضیات آیین‌ها و شرایط رایگیری به صورت خاص<sup>۹۱</sup> مراعات شود. اراده عمومی در بالاترین حد خود در اکثریت نمایندگان متجلی خواهد شد، آنهم بدون هیچ آیین تصدیق و توشیح در مواردی که هدف قانون اساسی گریز از روند عادی قانونگذاری بوده است. این امر نوعی الیگارش‌ی ناشی از کاربست نامشروع مفهوم نمایندگی است.

اما بنا به دلایل مربوط به آیین [تصویب قوانین] شاخه دیگر این دوراهی حقیقت‌ناتر می‌باشد. فی الواقع اگر اکثریت مجلس با انگیزه ممانعت از تجدیش یک اصل فرضاً فراقانون اساسی از دادن رأی به یک قانون یا [طرح] تجدید نظر در قانون اساسی احتراز کند، این احتراز هیچ مشکل حقوقی را تولید نخواهد کرد. در مقابل اگر اقلیت مجلس با استناد به یک استدلال فراقانون اساسی [و جهت درخواست ابطال یک مصوبه] به شورای قانون اساسی رجوع کند [یعنی در مقابل شورا طرح دعوی کند]، سرنوشت این قانون در دست این شورا خواهد بود چرا که اگر شورای قانون اساسی استدلال مربوط به فراقانون اساسی بودن را بپذیرد این قانون نمی‌تواند منتشر شود.

۲۴- پیش از این گفته آمد که شورای قانون اساسی تاکنون از گوش سپردن به بوق و کرنای [طرفداران] فراقانون اساسی اجتناب کرده است. تسلیم شدن در برابر اغوای فراقانون اساسی باعث از بین رفتن مشروعیت او خواهد شد. از هر نیرنگی که استفاده شود [در نهایت] هنجار خیالاً فراقانون اساسی، مکتوب یا مضبوط نیست. این

<sup>۹۰</sup> مانند هنرکده‌های نمایش و موسیقی

تقویت شده یا مشدد Le vote renforcé<sup>۹۱</sup>

هنجار چیزی جز تجلی روانشناسی فردی نیست [و] قانون می تواند به خاطر عقاید شخصی ولی در یک لفافه با شکوه [فریبنده] تایید یا محکوم شود [!]. [در این حالت] قاضی به اولین منبع حقوق، نخستین قدرت هنجاری و غاصب حاکمیت تبدیل خواهد شد. از شورای قانون اساسی به اشتباه شکوه می کنیم که او از ضرورت تفسیر قوانین نوشته - که مبنای نظریات او می باشد - [سوء] استفاده می کند. اما این شکوه چقدر عمیقتر خواهد شد اگر شورا به خلق هنجارها [منابع] پردازد.

استمداد فراقانون اساسی بودن از حقوق تطبیقی نیز نباید بتواند اعتقاد شورا را مبنی بر مستند بودن تایید یا رد قانونگذار به یک مقرر اساسی مکتوب متزلزل سازد. باید خود را از قید این اندیشه که فلان نظریه یا بهمان رویه یک دادگاه قانون اساسی خارجی در یک دموکراسی بعضا جوان خود را همانند جدیدترین مدهای نمایشگاههای بهاره [به ما] تحمیل کند، رها کند.

ن باید بیش از این برای این فکر که فراقانون اساسی بودن اجازه پر کردن خلأهای قانون اساسی را می دهد، بهایی قایل شد. یک قانون اساسی (همانند قانون اساسی ما [فرانسه]) که به مقامات معین قدرت هنجاری<sup>۹۲</sup> اعطا می کند، هرگز ناقص نیست. نقصان ادعایی ناشی از سکوت قانون اساسی درباره یک نکته معین، صرفا یک ارجاع به قوه مقننه یا قوه آیین نامه گزار<sup>۹۳</sup> برای حل مساله مورد بحث است.

۲۵- آخرین کلام: اگر قانون اساسی ما جایی را برای یک آیین بازنگری متعادل و واقعگرا باز کند در زمینه روابط قوه مؤسسان، قوه مقننه و شورای قانون اساسی [نیز] به صورت بسیار محسوستری به سامانه واقعگرا و متعادل مذکور در فوق نزدیک خواهد شد. هدف ساده سازی امر بازنگری یا مکرر کردن آن نیست. مقصود رها کردن امر بازنگری از بن بست افراطی و سپردن آن در وسیعترین حد ممکن به داوری شهروندان است. از میان همه پیشنهادها «اخیر» کمیته مشورتی برای یک بازنگری در قانون اساسی<sup>۹۴</sup> و احتمالا مهمترین آنها برای آینده پیشنهاد مربوط به ماده ۸۹ قانون اساسی بود. این پیشنهاد به رییس جمهور اجازه می داد تا در صورت تصویب یک لایحه یا یک طرح بازنگری توسط اکثریت سه پنجم (۳/۵) از مجلسین آن لایحه یا طرح را در معرض همه پرسی قرار دهد. پیشنهاد مذکور دارای دو شایستگی بود: اولاً منازعه درباره استفاده مستقیم از ماده ۱۱ قانون اساسی<sup>۹۵</sup> بعنوان وسیله ای برای تحقق بخشیدن به یک بازنگری مطلوب شهروندان ولی مقبوض

<sup>۹۲</sup> Le pouvoir normatif

<sup>۹۳</sup> Le pouvoir réglementaire

<sup>۹۴</sup> « Le Comité consultatif pour une révision de la Constitution »

<sup>۹۵</sup> ماده ۱۱ قانون اساسی فرانسه در تاریخی که ژرژ ودل مقاله خود را تحریر می کرد، چنین مقرر می داشت: « رییس جمهور می تواند بر اساس پیشنهاد دولت در طول دوره های کاری مجلسین یا بر اساس پیشنهاد مشترک مجلسین منتشره در روزنامه رسمی، هر طرح قانونی مربوط به سازماندهی قوای عمومی، تصویب یک موافقت نامه مربوط به جامعه [فرانسوی-آفریقایی] یا تجویز تصویب یک معاهده [بین المللی] را که در عین عدم مخالفت با قانون اساسی تأثیراتی را بر کارکرد نهادها خواهد گذاشت، در معرض همه پرسی قرار دهد.

رییس جمهور در صورت تصویب طرح توسط همه پرسی، در موعد مقرر در ماده قبل به انتشار آن می پردازد».

اقلیت یکی از مجلسین را پایان می داد. دومین شایستگی این بود که به حاکم اجازه می داد تا کمتر ناپیدا بوده و حضور بیشتری داشته باشد.

---

این ماده در تاریخ ۴ اوت ۱۹۹۵ توسط قانون بنیادی شماره ۸۸۰-۹۵ مورخ ۴ اوت ۱۹۹۵ به شرح ذیل مورد تجدید نظر قرار گرفت:

« رئیس جمهور می تواند بر اساس پیشنهاد دولت در طول دوره های کاری مجلسین [در حال حاضر از اولین روز غیر تعطیل ماه اکتبر هر سال تا آخرین روز غیر تعطیل ماه ژوئن] یا بر اساس پیشنهاد مشترک مجلسین منتشره در روزنامه رسمی، هر طرح قانونی مربوط به سازماندهی قوای عمومی، اصلاحات مربوط به سیاست اقتصادی یا اجتماعی ملت یا خدمات عمومی مرتبط با آنها، یا تجویز تصویب یک معاهده [بین المللی] را که در عین عدم مخالفت با قانون اساسی تأثیراتی را بر کارکرد نهادها خواهد گذاشت، در معرض همه پرسی قرار دهد.

هنگامی که همه پرسی بر اساس پیشنهاد دولت باشد، دولت باید در مقابل هر کدام از مجلسین به صدور یک اعلامیه [توجیه گر همه پرسی] پردازد پس از آن هر کدام از مجلسین وارد مذاکره خواهد شد.

رئیس جمهور در صورت تصویب قانون توسط همه پرسی، در ظرف پانزده روز پس از اعلام نتایج به انتشار آن می پردازد. (م.)