

امکان سنجی اساسی سازی حقوق توسط دیوان عدالت

اداری^۱

(از طریق مقایسه تطبیقی آرای دیوان عدالت اداری و شورای قانون

اساسی فرانسه)

سمانه رحمتی فر*

چکیده:

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، از جمله در فرانسه، اصول و حق‌های اساسی یا بنیادین به حوزه فلسفه اخلاق و فلسفه حقوق محدود نمانده و از طریق فرایند اساسی سازی وارد نظام عینی حقوقی شده است. اساسی سازی حقوق به لحاظ عملیاتی تا حدی در ادامه روند پاسداری از قانون اساسی است. با این تفاوت که در آن علاوه بر اصول تصریح شده در قانون اساسی، دیگر حق‌ها و اصول بنیادین نیز مورد حمایت نهاد پاسدار قانون اساسی قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران، وظیفه پاسداری از قانون اساسی برعهده شورای نگهبان است. بنابراین منطبق حقوقی ایجاب می‌کند که اساسی سازی حقوق نیز از طریق همین نهاد صورت گیرد. در واقع شورای نگهبان استدلالات تئوریک و امکانات عملی لازم برای اساسی سازی را در اختیار دارد. پرسش این جا است که اگر به هر دلیلی، شورای نگهبان در جهت اساسی سازی اقدامی نکند، آیا دیوان عدالت اداری می‌تواند نهاد جایگزین شورا باشد یا خیر؟

واژگان کلیدی: اساسی سازی، دیوان عدالت اداری، شورای قانون اساسی

فرانسه، حق‌های بنیادین.

^۱ تاریخ دریافت ۱۳۹۵/۷/۷ تاریخ پذیرش ۱۳۹۶/۳/۱۵

* استادیار حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد همدان

مقدمه:

اساسی‌سازی حقوق در نظام حقوقی فرانسه سابقه تاریخی نسبتاً طولانی دارد؛ بیش از نیم قرن است که شورای قانون اساسی، به عنوان نهاد پاسدار قانون اساسی، در آرای خود قواعدی را بر منابع حقوق اساسی افزوده است. به این ترتیب که در مقام بررسی قوانین، علاوه بر مواد قانون اساسی، به مقدمه قانون اساسی جمهوری پیشین، اعلامیه حقوق بشر و شهروند و اسناد حقوق بشری دیگری مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر استناد کرده است. در اثر این تحول، نهاد پاسدار قانون اساسی، از بایسته‌های حقوق موضوعه فراتر رفته و جایگاه خود را به نهاد پاسدار حقوق بنیادین ارتقا داده است.

در حقوق ایران وظیفه پاسداری از قانون اساسی به موجب اصل نود و دوم قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است. میان شورای نگهبان و شورای قانون اساسی تفاوت‌هایی وجود دارد؛ از جمله این که شورای نگهبان علاوه بر پاسداری از قانون اساسی وظیفه پاسداری از موازین فقهی را نیز بر عهده دارد. به موجب اصل چهارم قانون اساسی، چنان چه بین این دو وظیفه اختلافی به وجود آید، یعنی از نظر فقهای وقت شورای نگهبان یکی از اصول قانون اساسی مغایر فقه اسلامی باشد، اولویت با موازین اسلامی است. در عمل وضعیت چنین می‌تواند باشد که اگر مجلس در اجرای یکی از اصول قانون اساسی، مصوبه‌ای وضع کند و این مصوبه منطبق با اصلی از قانون اساسی باشد که خود مغایر با یکی از موازین اسلامی است، شورای نگهبان می‌تواند قانون اساسی را در درجه دوم قرار دهد و مصوبه را تأیید نکند. به علاوه در رویه عملی

شورا هم موردی در جهت وارد کردن حقوق بنیادین و اصول مشروطه-گرایی^۲ به نظام حقوقی به نظر نمی‌رسد.

از یک طرف به موجب قانون اساسی، وظیفه رسیدگی به شکایات شهروندان از حکومت بر عهده نهاد قضایی دیوان عدالت اداری است. به عبارت دیگر اگر شهروندان نسبت به نقض حق خود توسط اداره‌های دولتی شکایتی داشته‌باشند، دیوان صالح به رسیدگی است. از آن جا که به طور سنتی در گفتمان حقوق بشر و حقوق شهروندی یک طرف ادعاها حکومت است و طرف دیگر شهروند (اگر چه به ویژه حقوق نسل سوم تا حدی به این دیدگاه خلل وارد کرده‌است) می‌توان ادعا کرد چون دیوان عدالت اداری هم صلاحیت رسیدگی به دعوایی را دارد که طرف اول آن شهروند است و طرف دوم حکومت، برای وارد کردن مفاهیم مرتبط با حقوق بنیادین به نظام حقوقی ایران، یعنی برای اساسی‌سازی آن‌کاندیدای قابل بررسی است.

از طرف دیگر دیوان عدالت اداری بر اعمال اداره نظارت قضایی می‌کند. هدف از اعمال این سطح از نظارت، تضمین اصل اولی حقوق عمومی یعنی حاکمیت قانون است. در نگاه اول به نظر می‌رسد کارکرد دیوان از این حیث با اساسی‌سازی حقوق مغایر است. چون همان‌طور که گفته شد اساسی‌سازی به منزله فرا رفتن از نظام حقوق موضوعه و قواعد رسمی آن و به رسمیت شناختن نظام ارزش‌محور حق‌ها با توجیه رأی از طریق اصولی است که اتفاقاً در نظام حقوق موضوعه وجود ندارند؛ بنا بر این دست کم از این منظر می‌تواند مغایر حاکمیت قانون باشد. اگر چه از منظری دیگر نظارت قضایی خود به خود علاوه بر

اثربخشی به حاکمیت قانون از طریق محقق ساختن پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری نهادهای عمومی نسبت به شهروندان در تحقق حق‌های بشری و شهروندی مؤثر است.

بنا بر این صلاحیت دیوان به تصریح قانون اساسی، اساسی‌سازی یعنی شناسایی و گسترش قواعد اساسی نیست بلکه پاسداری از قواعد جاری حقوقی در برابر نقض‌های حکومتی است. در مورد شورای قانون اساسی در فرانسه نیز تا حدی وضعیت به همین ترتیب است و اساسی‌سازی به شکل خزنده و از میان تصمیمات و توجیهات خود شورای قانون اساسی ایجاد شده، گسترش یافته، توسط دکترین مورد بحث قرار گرفته است. با این توضیحات می‌توان کارکرد دیوان عدالت اداری در ایران را با شورای قانون اساسی در فرانسه، قابل مقایسه دانست.

به منظور مطالعه امکان‌سنجی اساسی‌سازی توسط دیوان عدالت اداری ابتدا مختصراً به مفهوم اساسی‌سازی حقوق در نظام حقوقی فرانسه می‌پردازیم، سپس چند مثال موردی از تصمیمات این دو نهاد را در خصوص حقوق اجتماعی، حقوق اداری و مسئولیت مدنی به صورت تطبیقی بررسی می‌کنیم.

۱. اساسی‌سازی چیست؟

اساسی‌سازی حقوق به معنای تأثیر گسترده قواعد اساسی، با استفاده از تبدیل اصول به قاعده حقوقی، در کل نظام حقوقی است. به این ترتیب ارزش‌ها و اهداف عمومی موجود در این اصول اساسی به مبنایی برای سنجش اعتبار تمام قواعد مادون قانون اساسی در هرم حقوقی می‌شود. در نتیجه اساسی‌سازی حقوق، اصول اساسی نه تنها رابطه قوای سه‌گانه با شهروندان را متأثر می‌سازد که فراتر از آن روابط شهروندان با یکدیگر

را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد.^۳ به این ترتیب که از طریق این فرایند قواعد اساسی به حوزه حقوق اساسی محدود نمی‌ماند و به دیگر حوزه‌ها مانند حقوق اداری، حقوق کار، حقوق جزا و حتی حقوق مسئولیت مدنی، حقوق مدنی، حقوق ارتباطات و... نیز تسری می‌یابد و در نتیجه مرز میان گرایش‌های حقوقی، به ویژه تفکیک سنتی حقوق به عمومی و خصوصی کم‌رنگ‌تر می‌شود.^۴

در ارتباط با قوه مقننه اساسی‌سازی اولاً اختیارات قانون‌گذار را محدود می‌کند و دوماً وظایف جدیدی در جهت حمایت از حقوق شهروندان به قانون‌گذار تحمیل می‌کند؛ در مورد قوه مجریه علاوه بر دو مورد پیشین، یعنی محدودسازی اختیارات و تحمیل وظایف جدید، زمینه اجرای مستقیم دستورات اصول اساسی، و رای مداخله قانون‌گذار را فراهم می‌کند بنا بر این در حقوق فرانسه اساسی‌سازی در ادامه پاسداری از قانون ایجاد شده و ادامه دارد و نمی‌توان این دو را از یکدیگر منفک کرد.^۵ آن چه اساسی‌سازی به پاسداری از قانون می‌افزاید، ورود ارزش‌های خارج از متن قانون اساسی به نظام حقوقی است که در واقع شاید بتوان آن را افزوده شدن یک لایه جدید و نه الزاماً فرا حقوقی به هرم قواعد حقوقی دانست.

^۳ Brunelle, C. Gesualdi-Fecteau, D. «Constitutionnalisation du droit travail: un nouveau paradigme», Cahiers de Droit, Vol. 48, 2007, pp. 155-158 .

^۴ Laurie, F, «La constitutionnalisation du droit disciplinaire», Civitas Europa, n° 15, 2005, p. 108 .

^۵ See: Fontaine, L. «La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme véritable garantie des droits? L'exemple des démocraties est-européennes», Les Cahiers de la Recherche en Droits Fondamentaux, n°6, 2008, pp. 56-58 .

اساسی‌سازی در حقوق فرانسه را می‌توان به دو مرحله انباشت قواعد اساسی و انتشار آن‌ها تقسیم کرد.^۶ در مرحله نخست نهاد ذی-صلاح معمولاً قواعد اساسی را از میان منابع غیر از قانون اساسی شناسایی می‌کند و مرحله دوم بیش‌تر بر تزریق قواعد اساسی به دیگر نظم‌های حقوقی به هدف تضمین ضمانت اجرای قواعد اساسی، مبتنی است.

الف) انباشت قواعد اساسی: تأسیس شورای قانون اساسی به قانون اساسی ۱۹۵۸ برمی‌گردد. به موجب متن اصلی قانون اساسی، صلاحیت مهم شورا، نظارت بر انتخابات است و به موجب اصلاحیه ۱۹۷۴ به شصت نماینده مجلس شورای ملی یا شصت سناتور صلاحیت ارجاع قوانین مغایر قانون اساسی به شورا اعطا شد. به این ترتیب شورا اولاً تبدیل به نهاد پاسدار حقوق شهروندی در برابر انحرافات قانون‌گذار می‌شود و ثانیاً رقیب شورای دولتی در حمایت از حقوق شهروندان می‌شود. در مقام نظارت بر مصوبات پارلمان، بیش‌تر، صلاحیت قانون‌گذار، یعنی حوزه قانون و آیین‌نامه‌ها محل بحث شورا می‌باشد. در این جایگاه شورای قانون اساسی ضامن حفظ تعادل میان ارکان حکومت است. در واقع شورا پیش از اصلاح قانون اساسی، جایگاه خود را به عنوان نهاد پاسدار حقوق و آزادی‌ها تثبیت کرده‌بود. تصمیم شورا در سال ۱۹۷۱ در خصوص آزادی انجمن‌ها^۷ امکان انباشت

^۶ Favoreu, L. La Constitutionnalisation du Droit, Dans: Auby, J. et d'autres, **Mélanges en hommage à Roland Drago : l'unité du droit**, 1 édition Paris, Economica, 1996, p. 25 .

^۷ Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 .

مقررات اساسی از مجموع قواعد برگرفته از اعلامیه حقوق بشر و شهروندی را به او می‌دهد. این مجموعه شامل پیش‌گفتار قانون اساسی ۱۹۴۶ و اصول بنیادی پذیرفته‌شده توسط قوانین جمهوری است. اهمیت تصمیم ۱۹۷۱ از جهت جایگاهی است که به شورا در سنجش انطباق قوانین با قانون اساسی یا سنجش اساسیت قوانین^۹ می‌دهد؛^۹ به گونه‌ای که آن را با رأی مربوری علیه مدیسون در حقوق امریکا مقایسه می‌کنند.^{۱۰}

ب) انتشار قواعد اساسی: در نظام حقوقی فرانسه، اساسی‌سازی در حوزه‌های گوناگون در حال پیش‌روی است. از جمله دلایل حقوقی موفقیت این پروژه غیر قابل تعدی بودن احکام شورای قانون اساسی است. به موجب ذیل ماده شصت و دو قانون اساسی، احکام شورای قانون اساسی غیر قابل تجدید نظر است و تمام مقامات اداری و قضایی موظف به پیروی از آن هستند. از این اصل قانون وجود سلسله میان مراتب میان شورای قانون اساسی، دیوان عالی کشور و شورای دولتی قابل استخراج نیست، مسأله‌ای که می‌تواند الزام‌آوری تصمیمات شورا را با چالش مواجه کند.^{۱۱} خود شورا اعلام کرده است مقرر اصل شصت و دو

^۸ la Constitutionnalité des Lois

^۹ Favoreu, L, Philip, L. et al, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, 4 édition, Paris: Dalloz, 1989, p. 590 .

^{۱۰} See: Haimbaug, G. D. «Was It France's Marbury V. Madison?» Ohio State Law Journal, 35, 1974 .

^{۱۱} Guillaume, M. «L'autorité des Décisions du Conseil Constitutionnel : Vers de nouveaux Équilibres?» Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 30/1. 2011, p. 50 .

قانون اساسی را باید چنین دید که اقتدار تصمیمات شورا، علاوه بر این که ابزار اجرای آن تصمیمات است، لازمه تأسیس و حمایت از حقوق بنیادین نیز می‌باشد.^{۱۲} در نتیجه هیچ یک از ارکان حکومت، اعم از اجرایی و قضایی نمی‌تواند به لحاظ سلسله مراتبی بالاتر یا حتی هم شأن شورا باشد. اگر چه این سلسله مراتب به معنای وجود سلسله مراتب اداری نیست و در واقع حاکی از وجود تمایل طرفین (شورا و دیگر ارکان) به پذیرش برتری تصمیمات شورا است.^{۱۳} روشن است که به رغم نبود مقررہ شفاف در حقوق موضوعه فرانسه، نظام حقوقی-سیاسی برتری و قطعیت تصمیمات شورای قانون اساسی را پذیرفته و به آن پایبند است.

جهت تبیین چگونگی توجیه آرا توسط شورای قانون اساسی و تطبیق آن با آرای دیوان چند مثال از اساسی‌سازی حقوق در فرانسه طرح می‌شود. روشن است که ادعا نمی‌شود به این ترتیب تمام رویه دیوان و تمام رویه شورا مورد مقایسه است:

۲. اساسی‌سازی حقوق اداری:

در بادی امر به نظر می‌رسد به دلیل مشابهت‌های محتوایی حقوق اداری و حقوق اساسی، اساسی‌سازی حقوق اداری، در مقایسه با دیگر نظم‌های حقوق با موانع کم‌تری مواجه است؛ ولی در واقع چنین نیست؛

^{۱۲} Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, décision n° 62-18 L, 1962 .

^{۱۳} Verpeaux, M. «Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel», Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 30/1, 2011, P. 21 .

چون در سنت حقوقی فرانسه، حقوق اداری هویت خود را از استقلال و تمایز با حقوق اساسی می‌گیرد؛ اصلی که تا پیش از تشکیل شورای قانون اساسی، شورای دولتی قویاً به آن پایبند بود. با این وجود نمی‌توان بستر اساسی که حقوق اداری تدریجاً در آن شکل گرفته‌است را انکار کرد.^{۱۴} وجود خود شورای دولتی، مرهون تحولات تاریخی در حوزه حقوق اساسی از ۱۶۴۱ تا ۱۷۹۰ و پس از آن است؛ به همین دلایل، اساسی‌سازی در این حوزه از خلال تعامل شورای دولتی و شورای قانون اساسی پیش می‌رود. در حقوق ایران نیز حقوق اداری تا سال‌ها مبنای خود را بر اصول غیر اساسی استوار کرده‌بود. احتمالاً قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ برای اولین بار خلل جدی به این استقلال وارد کرد و به شکل گسترده مفاهیم اساسی را وارد حقوق اداری کرد؛ تا جایی که فصلی از قانون به حقوق مردم اختصاص یافت.

گواه اساسی‌سازی حقوق اداری در فرانسه، تأکید شورای قانون اساسی بر اصل برابری است. قانون اساسی جمهوری پنجم به طور مستقیم به اصل برابری نپرداخته‌است. شورای قانون اساسی در آرای متعددی متأثر از رویه شورای دولتی به این اصل استناد می‌کند. از نمونه عینی استفاده از این اصل می‌توان به برابری در دسترسی به خدمات عمومی و برابری در دسترسی به مشاغل عمومی اشاره کرد.^{۱۵}

از آن جا که به کلیت اصل برابری در اصول نوزدهم و بیستم قانون

^{۱۴} Stirn, B. «Constitution et le Droit Administrative», Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 37, 2012, pp. 18-20 .

^{۱۵} See: Mélin-Soucramanien, F. «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?» Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, 2010, p. 87 .

اساسی ایران اشاره شده است پرداختن دیوان به آن الزاماً در چارچوب اساسی سازی قابل بررسی نیست. اگر چه به رسمیت شناختن برابری مذهبی که مورد اشاره صریح اصول یاد شده نیست و در آرای دیوان هم سابقه دارد، از مصادیق این بحث است. در رویه دیوان موارد دیگری را می توان مطالعه کرد. برای مثال قاضی شعبه یکم دیوان در رأی پرونده شماره ۱۶۹۱۰۲۷۵/۱ به اصل رأفت اسلامی می پردازد. در این پرونده شهروندی از مخالفت با استخدام رسمی خود توسط هیات مرکزی گزینش به دیوان عدالت اداری شکایت می کند. دیوان با استناد به تعارض مفاد پرونده و عدم احراز اقناع وجدان بر لزوم رعایت رأفت اسلامی تأکید و تصمیم گزینش را نقض می کند. اصطلاح رأفت اسلامی در واقع اصطلاحی حقوقی نیست و بیش تر در ادبیات سیاسی به کار می رود. با این حال می توان گفت اولاً منظور قضات دیوان عدالت اداری سهل گیری و رعایت حال شهروندان و تفسیر قواعد و وضعیت ها به نفع آنان است و دوماً از طریق این رأی رأفت اسلامی، به عنوان یک قاعده اساسی، شناسایی و حقوقی شده است و گر نه توجیه رأی بر مبنای آن قابل پذیرش نمی باشد.

تئوری حق مکتسب در دکترین حقوقی ایران رایج است ولی در حقوق موضوعه به رسمیت شناخته نشده است.^{۱۷} شعبه یک دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۰۸-۱۳۸۹/۰۴/۲۶ به این نظریه اشاره و از

^{۱۶} مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی شعب

دیوان عدالت اداری، (مهر ۱۳۹۱)، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ نخست، ۱۳۹۲ ص. ۴۸.

^{۱۷} البته استفاده از حقوق مکتسبه در تصمیمات قضایی بی سابقه نیست، برای مثال رک: رأی

شماره ۷۰۸-۱۳۸۷/۵/۲۲ وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

^{۱۸} مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص. ۱۱۳.

طریق آن تصمیم خود را توجیه می‌کند. به این ترتیب که دیوان معتقد است در موردی که شهروند پروانه دائم استفاده از آب را داشته‌است، صدور پروانه موقت این حق مکتسب او را از بین می‌برد. اگر چه حق مکتسب خود در زمره حقوق بنیادین یا اصول مشروطه‌گرایی نیست ولی می‌تواند تا حد زیادی از شهروندان در برابر تغییر نظر قانون‌گذار حمایت کند.

۳. اساسی‌سازی حقوق اجتماعی:

در ارتباط با مفهوم حقوق اجتماعی تعریف رسمی و دقیقی به چشم نمی‌خورد. در اسناد بین‌المللی مانند میثاق حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی تعریفی از این سه نوع حق و تفاوت‌های آن‌ها ارائه نشده‌است و به همین دلیل مثلاً حق کار ممکن است مصداق حقوق اجتماعی باشد یا اقتصادی یا حق آموزش می‌تواند مصداق یک حق اجتماعی باشد یا فرهنگی. بند یکم نظریه عمومی شماره سیزده ناظر بر ماده سیزده میثاق حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی هم حق آموزش را ابزار توان-مندسازی و جبران ضعف اقتصادی و اجتماعی معرفی می‌کند. از فحوای این بند این نتیجه را می‌شود گرفت که در تفکیک حوزه حقوق اجتماعی از اقتصادی و فرهنگی، حتی در مصادیق مرز دقیقی وجود ندارد. به هر حال حقوق اجتماعی با حقوق نسل دوم بشر، یعنی حق‌هایی که از فرد به عنوان اجتماع حمایت می‌کند، مرتبط است.

- داشتن مسکن مناسب به عنوان حق اجتماعی در تصمیم شورا: شورای قانون اساسی در بررسی قانون تنوع زیستی^{۱۹} دو قاعده حق شرافت انسانی و داشتن مسکن مناسب را به عنوان قاعده بنیادین

شناسایی می‌کند. به این ترتیب که با اشاره کلی به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ و بدون استناد دقیق به مقررہ مشخصی در آن، شرافت انسانی را به عنوان اصل فرض می‌گیرد و با استناد کلی و بدون ورود به جزئیات به بندهای ده^{۲۰} و یازده^{۲۱} مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ حق داشتن مسکن مناسب را شناسایی می‌کند. بنا بر این شورای قانون اساسی در مقام شناسایی قاعده جدید از حدود قوانین و مقررات موجود فراتر می‌رود و از این طریق نتیجه‌ای متفاوت از اعمال اصول سنتی تفسیر در نظام حقوق موضوعه به دست می‌دهد و به علاوه خود را ملزم به استناد دقیق به منابع حقوقی نمی‌کند.

- اشتغال و استخدام به عنوان حق اجتماعی در رأی دیوان:

در نظام حقوقی ایران به اصطلاح حقوق اجتماعی در قانون مجازات اشاره شده‌است. ماده هشت قانون مجازات، محرومیت از حقوق اجتماعی را در فهرست مجازات‌های تعزیری درجه پنج و بالاتر آورده- است و در ماده بیست و شش به تفصیل مصادیق حقوق اجتماعی را برشمرده‌است.

شعبه سوم دیوان عدالت اداری در رأیی در بررسی تصمیم هیات مرکزی گزینش به حق کار به عنوان یکی از مصادیق حقوق اجتماعی می‌پردازد. در پرونده شماره ۳/۱۲۸/۹۱۰۲۹۱^{۲۲} تصمیم هیات مرکزی گزینش را نقض می‌کند با این توجیه که: «با توجه به اوراق پرونده . . . مطلبی

^{۲۰} «ملت برای فرد و خانواده شرایط لازم برای توسعه را فراهم می‌کند»

^{۲۱} «حق سلامت، امنیت و استراحت برای همه، به ویژه کودکان، مادران و کارگران مسن به رسمیت شناخته می‌شود. هر انسانی که به دلیل سن و شرایط جسمانی و روانی یا وضعیت اقتصادی نتواند کار کند، حق برخورداری از زندگی مناسب را دارد.»

^{۲۲} مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص. ۴۹.

که مبین ارتکاب محرمات و ترک واجبات یا رفتار خلاف شئون اجتماعی در حدی که موجب محرومیت وی از حقوق اجتماعی از قبیل حق اشتغال و استخدام گردد نمی‌باشد...»

در این خصوص چند نکته قابل ملاحظه است:

الف) موضوع قانون مجازات بیان نتیجه ارتکاب جرم است، نه ایجاد حق برای شهروندان یا فهرست کردن حق‌ها. در حالی که در رأی دیوان عدالت اداری بدون هیچ اشاره‌ای به قانون مجازات، آن هم در جایی که اساساً مقوله ارتکاب جرم محل بحث نیست، حقوق اجتماعی به طور کلی و حق استخدام به عنوان مصداق آن، به رسمیت شناخته شده‌است؛

ب) میان رأی دیوان عدالت اداری و شورای قانون اساسی شباهت مهمی وجود دارد، هر دو نهاد در جایی که در نظام حقوقی قاعده صریح و قابل تفسیری وجود ندارد به نفع حقوق بنیادین از استنادات سنتی حقوق موضوعه عدول کرده‌اند و در واقع اقدام به شناسایی قاعده جدید و استناد به آن نموده‌اند؛

۴. اساسی‌سازی مسئولیت مدنی:

از یک طرف مداخله شورای قانون اساسی در حوزه‌های مرتبط با حقوق خصوصی با چالش افزایش انعطاف‌پذیری نظام حقوق خصوصی مواجه است با این توضیح که بخشی از اندیشمندان حقوق‌خاطر نشان می‌کنند که دخالت شورای قانون اساسی موجب ایجاد اختلال در تعادل حساس موجود در مقررات مسئولیت مدنی میان منافع زیان‌دیدگان و منافع فعالان اقتصادی می‌شود. از طرف دیگر تدوین قوانین اختصاصی ناظر بر مسئولیت مدنی برای گروه‌هایی مانند پزشکان، وکلا، مهندسان یا افراد

داری صلاحیت‌های خاص مانند رییس صدا و سیما و . . . در فرانسه موجب شده‌است یکی از اطراف دعوا به نوعی از مصونیت قانونی بهره‌مند شود و در نتیجه این پرسش مطرح می‌شود که نظام حقوقی به دنبال تأمین منافع عمومی است یا منافع گروهی؟^{۲۳} نفس مداخله شورای قانون اساسی در ایجاد قواعد حقوقی، از طریق اساسی‌سازی، می‌تواند منفعت عمومی را در حاشیه امنیت قرار دهد. به هر حال و رای این بحث‌ها، اساسی‌سازی مسئولیت مدنی توسط شورای قانون اساسی در جریان است.

نخستین دخالت‌های شورای قانون اساسی در حوزه مسئولیت مدنی در جهت نظارت بر رعایت اصل برابری در جبران خسارت است. شورای قانون اساسی اصل برابری را از طریق مقابله ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی^{۲۴} و ماده چهار اعلامیه حقوق بشر و شهروند،^{۲۵} ابتدا در قالب توصیه و سپس به شکل الزام‌آور، به رسمیت شناخت و به این ترتیب جبران مسئولیت ناشی از تقصیر تبدیل به یک اصل اساسی شد. بنابراین شورای قانون اساسی تلاش می‌کند موارد رافع مسئولیت محدود شود. اگر چه کماکان قانون‌گذار می‌تواند شرایط احراز تقصیر را مشخص کند.^{۲۶}

^{۲۳} Deumier P. et Gout O. «La constitutionnalisation de la responsabilité civile», Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, 2011, p. 21 .

^{۲۴} اگر عمل انسانی منجر به ورود خسارت به غیر شود، فاعل عمل ملزم به جبران خسارات ناشی از اشتباه خود می‌شود.

^{۲۵} آزادی به منزله توانایی انجام هر عملی است منوط به این که به دیگران آسیب نرساند. بنابراین تنها محدودیت در اعمال حقوق طبیعی تضمین این است که دیگران نیز از این حقوق بهره‌مند هستند. تنها قانون صلاحیت تعیین محدودیت‌ها را دارد.

^{۲۶} Ibid, 24 .

شعبه بیست و چهار دیوان در رأیی مرتبط^{۲۷} (نه الزاماً متأثر از آرای شورای قانون اساسی) اصل برابری در جبران خسارت به رسمیت شناخته شده‌است. خلاصه پرونده به این ترتیب است که شهروندی علیه اداره ثبت اسناد و املاک کشور شکایت کرده‌است و مدعی است اداره در بازداشت ملک تعلل نموده و در نتیجه ملک پیش از بازداشت به فروش رفته‌است و از این طریق به شاکی خسارت وارد شده‌است. دیوان عدالت اداری پس از بررسی با استناد به اصل چهل قانون اساسی^{۲۸} نفس ورود خسارت و استحقاق جبران آن را تأیید کرده و تعیین میزان آن را به دادگاه عمومی محول نموده‌است.

در حقوق ایران در خصوص مسؤلیت مدنی اشخاص حقوقی حقوق عمومی مقرر ماده یازده قانون مسؤلیت مدنی ۱۳۳۹ الزام‌آور است. ذیل این ماده، دولت را در فرض اعمال حاکمیت از جبران خسارت معاف کرده‌است. عمل حاکمیتی در ماده هشت قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شده‌است. به موجب بند ه ماده هشت، امور ثبتی از جمله اعمال حاکمیتی است. از طرف دیگر به موجب تصویب‌نامه در خصوص تعیین شاخص‌های مشاغل حاکمیتی مصوب ۱۳۸۹، از جمله شاخص‌های امر حاکمیتی عدم امکان انجام وظایف توسط بخش غیر دولتی است. دست‌کم در حال حاضر به نظر نمی‌رسد تصدی امر بازداشت املاک قابل واگذاری به غیر دولت باشد. با لحاظ این مقررات به نظر نمی‌رسد از محتوای موجود حقوق موضوعه ایران بتوان تکلیف

^{۲۷} معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۲.

^{۲۸} هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار

دولت به جبران خسارت را نتیجه گرفت. از طرف دیگر در مستند دیوان عدالت اداری یعنی اصل چهل قانون اساسی چند اماره لفظی وجود دارد که می‌تواند در مقام تفسیر دست‌آویز محدودسازی آن به رابطه شهروند- شهروند قرارگیرد. واژه هیچ‌کس، عموماً ناظر بر افراد است و نه نهادها. در حالی که موضوع پرونده طرح‌شده در دیوان عدالت اداری شخص حقوقی حقوق عمومی است. از طرف دیگر در اصل چهل به اصطلاح حق اشاره شده‌است، در حالی که در مورد حکومت به جای حق اصطلاح صلاحیت به کار می‌رود؛ چرا که اصل بر نبود صلاحیت است برخلاف حق که اصل بر بودن آن است. به علاوه در اصل چهل به تجاوز به منافع عمومی هم اشاره شده‌است؛ از آن جا که اصولاً در نظام حقوقی، حکومت مدافع منافع عمومی است در برابر شهروندان که به دنبال تأمین منافع خصوصی خود می‌باشند، می‌توان نتیجه گرفت که مقرر اصل چهل منصرف از دولت است.

به رغم وجود این امارات و مقررات، قاضی دیوان عدالت اداری در رأی خود سه تحول و ابتکار نسبت به نظام حقوق موضوعه ایجاد کرده‌است که می‌تواند مصداق اساسی سازی باشد:

الف) دولت با سایر شهروندان برابر است؛

ب) اصل بر جبران خسارت است حتی در امور حاکمیتی؛

پ) از ماده یازده چنین برمی‌آید که در تقسیم مسئولیت میان کارمند و دولت، اصل بر مسئولیت کارمند است و در مرتبه دوم نوبت به دولت می‌رسد؛ دیوان با عدم ورود به این بحث و با عدم رد درخواست خواهان، اصل را بر مسئولیت خود اداره گذاشته‌است و اساساً مقوله نقص وسیله را تحقیق نکرده‌است.

شعبه بیست و پنجم دیوان نیز در سال ۱۳۸۹ در موردی مشابه توجیه مشابه دارد و استانداری یزد و سازمان بازرگانی استان یزد را ملزم به پرداخت خسارت به شاکی می‌کند.^{۲۹}

در پرونده دیگری^{۳۰} در سال ۱۳۸۹ مالکان مشاعی به دیوان علیه شرکت ملی گاز تهران بزرگ شکایت کرده‌اند. به این دلیل شرکت گاز از ملک آنان خطوط لوله عبور داده‌است، به موجب قانون، شرکت بخشی از ملک را برای رعایت حریم اختصاصی خریده‌است ولی بخش دیگر ملک که در حریم ایمنی در مالکیت شاکیان است عملاً از حیز انتفاع خارج شده‌است. دیوان در نهایت ورود خسارت را تأیید کرده‌است. به نظر می‌رسد موضوع این پرونده از مصادیق مسؤلیت بدون تقصیر است.

در نظام حقوقی ایران مسؤلیت بدون تقصیر در موارد استثنایی از جمله قانون هواپیمایی کشوری (که مشابه موضوع پرونده است) پذیرفته شده است. در این پرونده خوانده دعوا با استناد به قانون منع احداث بنا و ساختمان در طرفین خطوط لوله گاز، در واقع مسؤلیت را متوجه قانونگذار و خود را مبری از جبران خسارت دانسته‌است. صرف نظر از این که به نظر می‌رسد اساساً قانون مذکور ناظر بر این مورد نیست، دیوان نیز استدلال را نپذیرفته و مورد را، به رغم این که از مصادیق مسؤلیت بدون خطا است، مشمول اصل کلی جبران خسارت ارزیابی کرده‌است. نکته قابل توجه در خصوص این رأی این است که صدور آن می‌تواند زمینه طرح دعاوی مشابه علیه دولت را فراهم کند و به این ترتیب مبلغی از بودجه عمومی کشور صرف جبران این دست از خسارت‌ها خواهد شد

^{۲۹} رک. همان، صص. ۱۲۷ و ۱۲۸.

^{۳۰} همان، ۱۳۷.

ولی وجود چنین مصلحت عمومی هم مانع از این نشده است که دیوان اصل را بر جبران خسارت بگذارد.

نتیجه گیری:

در تحلیل نهایی نکات زیر قابل اشاره است:

۱. در مقایسه اساسی سازی حقوق ایران و فرانسه نمی توان از مقدمه قانون اساسی فرانسه غافل شد. در مقدمه قانون گذار صراحتاً از لزوم پای بندی جمهوری به اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ می گوید. بعدتر یعنی در اصلاحیه مارس ۲۰۰۵ منشور محیط زیست ۲۰۰۴ نیز به این دو افزوده می شود. به عبارت دیگر در فرانسه خود حقوق موضوعه زمینه حقوقی فرا رفتن از متن قواعد موجود حقوقی را فراهم کرده است و با گذر زمان و افزایش اعتماد به شورا زمینه سیاسی-اجتماعی لازم نیز ایجاد شده است. در حالی که قانون اساسی ایران جز در قالب اصل صد و شصت و هفتم مجوز ارجاع به منابع خارج از نظام حقوقی را صادر نکرده است و روشن است که این اصل در جهت اساسی سازی قابل استناد نیست؛

۲. فلسفه وجودی دیوان عدالت از منظر قانون اساسی، یک دغدغه حقوق عمومی، یعنی رسیدگی به اعتراضات و تظلمات شهروندان از حکومت است. بنا بر این از ظاهر قانون اساسی چنین برمی آید که دیوان الزاماً یک نهاد بی طرف قضایی مانند دیگر دادگاهها نیست و تشکیل شده است تا دعوا را با لحاظ نفع شهروند پایان دهد. از این جهت و صرفاً برای تقریب به ذهن جایگاه دیوان قابل مقایسه است با جایگاه قانون کار و طرف داری نظام مند آن از حقوق کارگر. ولی به رغم این مقرر قانون اساسی و بر

خلاف شورای قانون اساسی ظاهراً دیوان خود را در مقام حمایت از حق‌ها نمی‌داند. به عبارت دیگر از این حیث تفاوت قابل ملاحظه‌ای میان آرای دیوان و دادگاه‌های عمومی دادگستری به نظر نمی‌رسد. حتی در جایی که انشا و ادبیات رأی اقتضا می‌کند به جای حق دست‌رسی شهروندان به مشاغل عمومی یا لزوم تفسیر به نفع شهروند، نتیجه را بر مثلاً رأفت اسلامی استوار می‌کند؛

۳. از بررسی آرای دیوان چنین به نظر می‌رسد که هنوز امکان استناد به قانون اساسی توسط قاضی محل شک است. چون در آرای دیوان تنها در موارد استثنایی به بعضی از اصول قانون اساسی مانند اصل چهل استناد شده‌است. دوری جستن از قانون اساسی و تبعاً حقوق اساسی و تأکید بر مصوبات مجلس و دیگر نهادهای حکومتی می‌تواند مانعی بر راه گسترش اساسی‌سازی توسط دیوان باشد؛

۴. میان دیوان عدالت اداری به عنوان یک دادگاه قضایی و شورای قانون اساسی به عنوان یک نهاد سیاسی اختلاف مهمی وجود دارد. تفاوت این جا است که در مورد نهادهای قضایی تنها تصمیم نهایی و آن هم تنها برای اطراف دعوا، الزام‌آور و از طریق سازوکارهایی قابل اجرا است و نه تحلیل‌های حقوقی موجود در بدنه اصلی رأی. در مورد خاص دیوان که مخاطب آرای آن معمولاً اداره است این وضعیت تشدید می‌شود. به عبارت دیگر برای نظام حقوقی-اداری یک چیز مهم است: دیوان عمل اداره، یا مقام اداری یا رأی شعب شبه قضایی را تأیید کرده یا رد کرده- است و به عبارت ساده‌تر رأی دیوان در حد بله/خیر دیده می‌شود. در حالی که مثلاً در مورد شورای نگهبان چنین نیست و اتفاقاً استدلال‌ات شورای نگهبان در رد مصوبات مجلس مورد توجه مجلس و نظام حقوقی

است. شاید تأسیس شعب تجدید نظر به موجب قانون جدید دیوان و نیز انتشار آرای دیوان با ذکر نام قاضی صادرکننده رأی توسط اداره انتشار رویه قضایی، از جهت اهمیت یافتن توجیحات رأی گشایشی باشد. چون دست کم به این ترتیب استدلال و تحلیل حقوقی برای خود دیوان و دکتربین مهم می‌شود؛

۵. تفاوت دیگر دیوان و شورا این است که رأی قاضی تنها در پرونده پیش‌رو الزامی است و در موارد مشابه کماکان توسط اداره قابل نقض است. برای مثال اگر در آ پرونده دیوان رأی به لزوم برقراری فوق‌العاده‌ای برای آ معلم داده باشد، باز هم معلم آ به اضافه یکم نمی‌تواند با استناد به این آرای دیوان از اداره، برقراری فوق‌العاده مورد اشاره در حق خود را طلب کند و ناچار باید شخصاً اقدام به طرح دعوی مستقل در دیوان کند؛ مگر این که قالب تصمیم دیوان، رأی وحدت رویه و در حکم قانون باشد؛
۶. میان نحوه موجه‌سازی رأی در دیوان و شورا شباهت‌هایی وجود دارد که می‌توان از آن وجود زمینه اساسی‌سازی حقوق توسط دیوان را نتیجه گرفت، از جمله این که هر دو نهاد در مقام وارد کردن اصلی به عنوان اصل اساسی به تصمیم خود و در نهایت به نظام حقوقی، از ورود به جزئیات خودداری می‌کنند، چون ورود به جزئیات می‌تواند این نهادها را در چرخه تفسیر قواعد موجود بیاندازد و در این صورت تغییری در نظام حقوق موضوعه ایجاد نمی‌شود؛
۷. از حیث جایگاه حقوقی-سیاسی میان دیوان و شورا به عنوان دو نهاد عالی نظارتی شباهت وجود دارد؛

۸. در حال حاضر در ایران، حقوق اداری بیش از پیش از حقوق اساسی متأثر شده‌است و زمینه حقوقی اساسی‌سازی حقوق از طریق دیوان، با

امکان‌سنجی اساسی‌سازی حقوق توسط دیوان عدالت اداری

تأکید بر اساسی‌سازی حقوق اداری نیز رو به فراهم شدن است، اگر چه زود است که بتوان از این گزاره استفاده کرد: «در نظام حقوقی ایران اساسی‌سازی از طریق دیوان عدالت اداری در جریان است.»

منابع و مأخذ:

کتاب‌ها

مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه،
مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، (مهر ۱۳۹۱)، تهران،
اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ نخست، ۱۳۹۲.

معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، رویه قضایی در
شعب دیوان عدالت اداری، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۲.

آرای قضایی:^{۳۱}

- شعبه ۱ دیوان عدالت اداری، دادنامه ش ۱۰۸-۱۳۸۹/۰۴/۲۶.
- شعبه ۱ دیوان عدالت اداری، ش. ۹۱۰۲۷۵/۱.
- شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۹/۲.
- شعبه ۲۴ دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۸/۳۰.
- شعبه ۲۴ دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۸/۳۰.
- شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۷.
- شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹.
- شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، ش. ۹۱۰۱۲۸/۳.
- هیأت عمومی دیوان عالی کشور، وحدت رویه، ش. ۷۰۸-
۱۳۸۷/۵/۲۲.

^{۳۱} به دلیل محدودیت‌های قضایی، امکان ارجاع دقیق‌تر به آرای دیوان فراهم نیست.

Les Article et Les Livres

Brunelle, C. «Gesualdi-Fecteau, D. Constitutionalisation du droit travail: un nouveau paradigme», Cahiers de Droit, Vol. 48, 2007 .

Deumier P. et Gout O. «La constitutionnalisation de la responsabilité civile», Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, 2011 .

Favoreu, L. **La Constitutionnalisation du Droit, Dans: Auby, J. et d'autres, Mélanges en hommage à Roland Drago : l'unité du droit**, 1 édition Paris, Economica, 1996 .

۱۶۳

Favoreu, L, Philip, L. et al, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, 4 édition, Paris: Dalloz, 1989 .

Fontaine, L. «La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme véritable garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes », Les Cahiers de la Recherche en Droits Fondamentaux, n°6, 2008 .

Guillaume, M. «L'autorité des Décisions du Conseil Constitutionnel : Vers de nouveaux Équilibres?» Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 30/1. 2011 .

Laurie, F, «La constitutionnalisation du droit disciplinaire», Civitas Europa, n° 15, 2005 .

Haimbaug, G. D. «Was It France's Marbury V. Madison?» Ohio State Law Journal, 35, 1974 .

Mélin-Soucramanien, F. «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives

pour la question prioritaire de constitutionnalité?» Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, 2010.

Stirn, B. «Constitution et le Droit Administrative», Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 37, 2012 .

Verpeaux, M. «Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel», Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 30/1, 2011 .

Les Décisions

Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962 .

Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 .

Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 .

Loi relative à la diversité de l'habitat, Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995 .

Feasibility Study on Constitutionalization via Court of Administrative Justice (By Comparing Judgments of Court of Administrative Justice with Decisions of Constitutional Council of France)

Samaneh RAHMATIFAR

Abstract:

In France legal system and some other systems , constitutional rights are not limited to the ethics and the philosophy of law level . In such countries rights are injected to the legal positivism by a process which is known as constitutionalization of law . Although constitutionalization and guardianship of constitution are aligned , all the fundamental rights are not clarified in the constitution . Institution of protection of constitution in Iran is Guardian Council . Therefore based on the legal logic, constitutionalization must be implemented by a court . It means although Guardian Council has theoretical reasons and practical tools to coctitutionalization , there is a legal gap : guardian Council is a political institution not a judicial one . No court has such a competence in Constitutional Act of Iran explicitly . There is a question : is constitutionalization arguable in Iran legal system ? If Guardian Council has no interest to constitutionalization , will Court of Administrative Justice its alternative to constitutionalization of law ?

Keywords: Constitutionalization, Court of Administrative Justice, Constitutional Council of France, Fundamental Rights.