

## انواع روش دسترسی به دادرسی اساسی با تأکید بر دادخواهی اساسی

غزاله فریدزاده\*

محمد حسن کبگانی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۸/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۳/۱۲

### چکیده

دادرسی اساسی تا پیش از اوج‌گیری موج گسترده مفاهیم حقوق بشری (تقریباً تا قبل از سال ۱۹۴۵ میلادی) عمدتاً در چهارچوب حقوق اساسی نهادگرا قابل بررسی است. در آن دوره تاریخی، اعمال دادرسی اساسی که هدف اصلی آن تضمین ثبات ساختار حکومتی و تقویت قوای موجود و رعایت سلسله مراتب هنجارها بود، معمولاً به صورت انتزاعی انجام می‌شد. نظارت مراجع دادرسی اساسی در این زمان، اکثراً به صورت پیشینی بود و در مواردی که نظارت پسینی پیش‌بینی شده بود، ارجاع درخواست رسیدگی صرفاً در صلاحیت مقامات حکومتی، مانند رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر بود. پس از اتمام جنگ جهانی دوم و حرکت نظام‌های حقوقی به سمت حقوق اساسی آزادی‌گرا، تغییرات ملموسی در کارویژه این نهادها ایجاد شد. از این پس، کشورهای مختلف به طرق گوناگونی امکان دسترسی افراد عادی به این مراجع را به منظور پیگیری حقوق و آزادی‌های اساسی خویش، پیش‌بینی نمودند. از بین تمامی روش‌های پیش‌بینی شده برای دسترسی به دادرسی اساسی، آیین دادخواهی اساسی با استقبال گسترده‌تری مواجه شده است. دادخواهی اساسی مؤثرترین روش برای تضمین و حمایت از آزادی‌های اساسی است. در این نوشتار پس از طبقه‌بندی و بررسی روش‌های دسترسی به دادرسی اساسی، با توجه به اهمیت دادخواهی اساسی و در پاسخ به پرسش‌های مرتبط با مؤلفه‌ها

\* استادیار پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی

gh\_faridzadeh@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

hasankabgani@gmail.com

و مبانی این روش (که البته می‌توان آن را «حق» نامید)، آثار چشمگیر آن در شکل‌گیری دموکراسی مشارکتی و نظریه حقوق بنیادین در یک کشور، به مثابه مبانی دادخواهی اساسی بررسی خواهد شد.

### کلیدواژگان:

حقوق بنیادین، دادخواهی اساسی، دادرسی اساسی، دسترسی غیرمستقیم به دادرسی اساسی، دسترسی مستقیم به دادرسی اساسی.

## مقدمه

دادرسی اساسی مدرن بر این باور بنا شده است که قانون اساسی دارای بالاترین جایگاه در نظام حقوقی است؛ موضوعی که لزوماً همیشه مسلم پنداشته نمی‌شود.<sup>۱</sup> از این رو، در دوران معاصر بررسی و شناخت نظام‌های حقوقی بدون توجه به سامانه‌های تضمین برتری قانون اساسی، یقیناً شناختی ناقص و معیوب خواهد بود. حقوق دانان همواره در پی واکاوی جنبه‌های مختلف دادرسی اساسی بوده‌اند. بدیع‌ترین مبحث در خصوص دادرسی اساسی، پیدایش سامانه دادخواهی اساسی<sup>۲</sup> در نظام حقوقی کشورهای مختلف است. شکایت اساسی روشی نو در تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی است که به موجب آن هر شخصی که مدعی نقض حقوق اساسی خود توسط اعمال مقامات یا نهادهای عمومی است، می‌تواند به مراجع دادرسی اساسی مراجعه کند و از مراجع مذکور رسیدگی به ادعای خویش را درخواست نماید. مطالعه حول محور شکایت اساسی را می‌توان ذیل مطالعات موجود در خصوص انواع روش دسترسی به مراجع دادرسی اساسی قرار داد؛ توضیح آنکه امروزه تضمین برتری قانون اساسی صرفاً بر اساس رسیدگی‌های پیشینی و انتزاعی دادرسی اساسی صورت نمی‌پذیرد، بلکه افراد عادی و مقامات رسمی به روش‌های مختلف امکان دسترسی به این مراجع و طرح درخواست رسیدگی انطباق یا عدم انطباق قوانین و آیین‌نامه‌ها را با قانون اساسی دارند. در این میان، شکایت اساسی به دلایل مختلف با استقبال چشمگیری روبه‌رو شده است. از جمله این دلایل حوزه عملی است که می‌توان ذیل این روش نسبت به آنها اعتراض کرد و همچنین شیوه خاص رسیدگی به چنین تقاضایی است که شباهت بسیار زیادی با رسیدگی‌های عادی قضایی دارد. هدف این پژوهش، همان‌گونه که از عنوان این نوشتار نیز پیداست، بررسی انواع روش دسترسی به مراجع دادرسی اساسی با تأکید ویژه بر شکایت اساسی است.

۱. برای مثال، در آلمان نیز قانون اساسی تا قبل از تصویب قانون اساسی وایمر، برتری و اولویتی بر قوانین عادی نداشت؛ نک:

Su, Yeong-chin. "Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Urteile", in: Heun, Werner/Starck, Christian (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich*, 2006, p 92.

2. Constitutional Complaint/ Verfassungsbeschwerde.

چنانچه وقایع تاریخی و تحولات اخیر کشورهای اروپایی گواهی می‌دهد، توجه و ابتدای صرف بر کارویژه بررسی انطباق قوانین عادی با قانون اساسی در عصری که مفاهیم حقوق بشری در حال رشدی چشمگیر هستند، نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای جوامع کنونی باشد. به عبارت دیگر، در حال حاضر که حقوق اساسی آزادی‌گرا در حال رشد و تکامل است، چنین صلاحیتی که اکثراً می‌توان آن را در چهارچوب حقوق اساسی نهادگرا و هنجارگرا بررسی کرد، نمی‌تواند احساس رضایت عمومی را در جوامع به همراه داشته باشد و از طرف دیگر روشی کافی برای تضمین حق‌ها و آزادی‌های بنیادین افراد باشد. تجربه‌های کشورهایمانند آلمان و ایتالیا در دوران پیش از جنگ جهانی دوم مبین چنین واقعیتی است. بر همین اساس، بیشتر کشورهای پس از جنگ توجه خاصی به صلاحیت نهادهای فوق در حمایت از آزادی‌های اساسی نمودند؛ به گونه‌ای که امروزه حمایت از حقوق بشر به اصلی‌ترین مبنا برای مشروعیت دادرسی اساسی تبدیل شده است.<sup>۱</sup> آنچه بین کشورها از حیث رعایت حقوق بشر تفاوت ایجاد می‌کند، نسبت و حدود محدودیت‌های وارد بر آزادی‌ها و حقوق بنیادین و مهم‌تر از آن روش تعیین این محدودیت‌ها مربوط می‌شود<sup>۲</sup> که تعیین چنین حدودی پس از قانون‌گذار، در صلاحیت نهادهای صیانت از قانون اساسی است.

پیدایش آیین دادخواهی اساسی را شاید بتوان مهم‌ترین تحول صورت‌پذیرفته در نظام حقوق اساسی کشورهای اروپایی دانست. چنین تحولی حقوق‌دانان و نظریه‌پردازان مشهور این کشورها را بر آن داشته است تا اقدام به از بین بردن مرزهای مستحکم بین سامانه‌های اروپایی و آمریکایی دادرسی اساسی کنند. از میان انواع روش دسترسی به مراجع دادرسی اساسی، «شکایت اساسی» و «آیین رسیدگی مقدماتی»<sup>۳</sup> بیشترین شباهت را به روش غیرمتمرکز و قضایی دادرسی اساسی در نظام حقوق آمریکا دارد. مائورو کاپلتی،<sup>۴</sup> حقوق‌دان سرشناس ایتالیایی، از جمله حقوق‌دانانی است که با به‌کارگیری روش تطبیقی در یافتن هسته و مبنای مشترکی برای دو خانواده بزرگ حقوقی کوشیده است. یکی از مهم‌ترین مبانی مشترک بین این دو نظام حقوقی از

1. Stone Sweet, A. "The Politics of Constitutional Review in France and Europe", *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), p. 89.

۲. گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۳۴.

3. Preliminary ruling procedure.

4. Mauro Cappelletti.

نظر کاپلتي روش‌های تضمین برتری قانون اساسی است. وی عنوان «نظارت قضایی»<sup>۱</sup> را به طور مطلق هم بر روش‌های اروپایی و هم روش آمریکایی دادرسی اساسی بار می‌کند. وی معتقد است قضات اساسی در کشورهای اروپایی براساس آیینی قضایی و متفاوت از قانون‌گذار عادی و اقدامات تقنینی، همانند قضات عادی، اقدام به «قانون‌گذاری قضایی»<sup>۲</sup> می‌نمایند.<sup>۳</sup> سرّی بودن مذاکرات مراجع دادرسی اساسی، مستند و مستدل بودن تصمیمات، لزوم ابتدای دلایل بر متنی خاص که عمدتاً قانون اساسی است، پابندی این مراجع به آرای سابق خویش که همانند رویه قضایی برای این مراجع الزام‌آور است، از یک طرف، و این امر که تصمیمات معمولاً در پاسخ به پرسش‌هایی است که از طرف نهادها، مقامات و عمدتاً اشخاص عادی مطرح می‌شود و دادگاه قانون اساسی به ندرت بر اساس صلاحدید خویش و بدون اینکه شکایت یا درخواستی در این خصوص مطرح شده باشد، اقدام به رسیدگی می‌نماید و به بیان دیگر، لزوم تصمیم‌گیری در چهارچوب دعوا و پرونده‌ای خاص، از جمله دلایل کاپلتي برای قضایی دانستن روش کار دادگاه‌های قانون اساسی در کشورهایی است که به طور سنتی در سامانه متمرکز دادرسی اساسی قرار می‌گیرند.<sup>۴</sup> برای تکمیل بحث می‌توان به الزامات آیینی طرح شکایت اساسی اشاره کرد؛ طرح شکایت اساسی، نیازمند رعایت یک سری از الزاماتی است که شباهت زیادی با مسائل آیین دادرسی در دعاوی مدنی یا کیفری عادی دارد. شرط ذی‌نفع بودن خواهان (شاکي)، لزوم پرداخت هزینه دادرسی، پیش‌بینی مرور زمان طرح شکایت و کتبی بودن درخواست رسیدگی از جمله الزاماتی هستند که برای طرح شکایت اساسی پیش‌بینی و باعث شده است، روند رسیدگی در مراجع دادرسی اساسی شباهت زیادی با رسیدگی‌های عادی قضایی پیدا کند. بر این اساس، آنچه در این نوشتار به عنوان تعریف دادرسی اساسی مدنظر است، عبارت است از: «مجموعه‌ای از

1. Judicial review.

2. Judicial law-making.

3. Cappelletti, Mauro. *Judicial Review in Comparative Perspective*. 1st ed. California Law review Incorporated, 1970, pp. 53–56.

4. Ibid.

حق‌ها، مکانیزم‌هایی برای اجرای این حقوق و ساختار قضایی-اساسی [موجود] در هریک از کشورها.<sup>۱</sup>

### ۱. سیر تحول رویکردی به دادرسی اساسی

دادرسی اساسی همانند هر پدیده دیگری در طول زمان دچار تحولاتی در مفهوم و در نتیجه کارکرد خود شده است. چنین تحولاتی ناشی از نیازهای جدید اجتماع و اولویت‌های جامعه سیاسی بوده است. از آنجایی که کار ویژه نهادهای دادرسی اساسی تضمین اجرا و احترام قانون اساسی است، کارکرد این نهادها متناظر با رویکرد موجود به قانون اساسی متغیر خواهد بود. تقسیم‌بندی فوق بر اساس رویکردهای موجود به قانون اساسی صورت پذیرفته است.

#### ۱.۱. دادرسی اساسی بر اساس رویکرد اثبات‌گرایانه به قانون اساسی

هانس کلسن، نظریه‌پرداز اتریشی که در مطالعات حقوق اساسی وی را ایده پرداز سامانه اروپایی صیانت از قانون اساسی می‌نامند، در کتاب *نظریه ناب حقوقی*، پس از شرح نظام حقوقی سلسله‌مراتبی بین هنجارهای بالا و پایین، کارکرد اصلی قانون اساسی را به عنوان عالی‌ترین سطح حقوق موضوعه «تعیین اندام‌ها و فرایند ایجاد قواعد کلی حقوق، یعنی قانون‌گذاری» بیان می‌کند.<sup>۲</sup> وی همچنین بیان می‌دارد که قانون اساسی ممکن است مضمون قوانین آتی را نیز تعیین کند؛ بدین صورت که مضمون خاصی را تجویز یا منع نماید. از نظر وی، فهرست حقوق و آزادی‌های مدنی، چیزی نیست جز منع قوانینی که با شهروندان از برخی جهات به طور نابرابر رفتار می‌کند یا در برخی از آزادی‌ها مداخله می‌نماید.<sup>۳</sup> نکته حائز اهمیت در مطالب فوق تأکید کلسن بر کارکرد اصلی قانون اساسی درباره تعیین فرایند ایجاد قواعد حقوقی است؛ چراکه اگر کارکرد اصلی قانون اساسی چنین باشد، کارویژه بنیادین نهاد صیانت از قانون اساسی نیز در راستای همین رویکرد قرار خواهد گرفت. به عبارت دیگر، زمانی که کارکرد اصلی قانون اساسی

1. M. Brinks, D and Abby Blass. "Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017), p217.

۲. کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌الهی، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹.

۳. همان.

تضمین رعایت تشریفات وضع قانون از برگزاری انتخابات گرفته تا التزام موضوعی و ماهوی قوانین مصوب مجلس به قانون اساسی و حمایت از حق‌ها و آزادی‌ها به عنوان کارکردهای فرعی و ثانویه در نظر گرفته شوند، نهادهایی که مسئول تضمین برتری قانون اساسی هستند نیز چنین رویکردی را اتخاذ خواهند نمود.

رویکرد فوق‌الذکر بر کنترل اساسی بودن هنجار فرودین متمرکز است. به عبارت دیگر هدف از نظارت اساسی تضمین اساسی بودن قوانین مصوب پارلمان است. کار ویژه نهادهای صیانت از قانون اساسی در چهارچوب چنین پیش فرضی تضمین برتری قانون اساسی، یا به عبارت دقیق‌تر، هنجارهای دارای ارزش قانون اساسی از طریق کنترل مصوبات پارلمان است. نظارت اساسی در چنین رویکردی معمولاً به صورت انتزاعی<sup>۱</sup> و پیشینی<sup>۲</sup> صورت می‌پذیرد. هدف اصلی از چنین نظارتی تضمین ثبات ساختار حکومتی و تقویت قوای موجود و رعایت سلسله مراتب هنجارهاست.<sup>۳</sup>

## ۱.۲. دادرسی اساسی بر اساس رویکرد حق محور به قانون اساسی

هنجاریت حقوقی به معنی لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی یکی از شرایط تحقق اساسی‌سازی نظم حقوقی است.<sup>۴</sup> هنجاریت قانون اساسی در رویکرد اثبات‌گرایانه به قانون اساسی نیز شرطی لازم است؛ با این تفاوت که اثر هنجاریت در این رویکرد، امکان استناد مستقیم افراد مردم به هنجارهای اساسی است؛ پیش از تصویب قوانین اساسی جدید در کشورهایی مانند آلمان و اسپانیا حقوق بنیادین مصرح در قوانین اساسی صرفاً زمانی قابلیت استناد داشت که توسط قوه قانون‌گذاری در قالب قانون تصویب می‌شد.<sup>۵</sup> در کشورهایی که دادرسی اساسی تحت تأثیر چنین

1. Abstract review.

2. priori review.

3. Grimm, Dieter. *Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen*, In: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Rechtslehre, Beiheft 4 (1982), p. 149; Hwang, Shu-Perng. "Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie: Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie." *Der Staat* 46, no. 3 (2007), pp 442-462.

۴. تقی زاده، جواد، مسئله اساسی سازی نظم حقوقی، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، پاییز ۱۳۸۳، شماره ۱۱، ص ۱۲۷.

5. Rubio Llorente, F. "Constitutionalism In The 'Integrated' States Of Europe" on *Jean Monnet Chair* (1997), p 4.

رویکردی است، قانون اساسی صرفاً معیاری برای کنترل اساسی بودن مصوبات مجلس نیست. به عبارت دیگر، هنجار اساسی نه تنها بر قانون‌گذار ایجاد حق و تکلیف می‌کند، بلکه به طور مستقیم برای مردم حق فردی (و تکلیف) ایجاد می‌نماید. رویو لورنته،<sup>۱</sup> حقوق‌دان و قاضی معروف اسپانیایی، در تعریف صلاحیت [رسیدگی - دادرسی] اساسی<sup>۲</sup> چنین بیان می‌دارد: «[صلاحیتی] که فعالیت نهادهای دارای قدرت [عمومی] را از این حیث که مطابق با قانون اساسی باشند، قضاوت می‌کند؛ [صلاحیتی] که کارکردش تضمین اساسی بودن فعالیت‌های قدرت است.»<sup>۳</sup> رویو لورنته بین سامانه‌های دادرسی اساسی در اروپا از حیث هدف ابتدایی و اصلی رسیدگی تمایز قائل می‌شود: سامانه‌هایی که متمرکز بر اساسی بودن قوانین هستند و سامانه‌هایی که هدف ابتدایی آنها تضمین حقوق [اساسی] ملت است.<sup>۴</sup> تجربه کشور اسپانیا در این خصوص به روشن شدن بیشتر مطلب منجر خواهد شد. پروفیسور پیر بون<sup>۵</sup> در مقاله «اساسی‌سازی حقوق اسپانیا» در خصوص قانون اساسی ۱۹۷۸ چنین بیان می‌دارد: «قانون اساسی جدید از وظیفه‌ای سرنوشت‌ساز برخوردار بود: نه تنها می‌بایست وضعیت قوای عمومی را مشخص کرد، بلکه دموکراسی و نیز اعلام و تضمین حقوق افراد را می‌بایست بنا نمود.»<sup>۶</sup> وی در ادامه بیان می‌دارد که هرچند قانون اساسی اسپانیا تعیین سازمان‌دهی قوای عمومی را هدف قرار داده است (مانند فرانسه)، اما به دو دلیل از قانون اساسی فرانسه جلوتر است. یکی از آن دلایل درج فهرست کاملی از حقوق و آزادی‌ها در بطن قانون اساسی است.<sup>۷</sup> بررسی و مقایسه این رویکرد نسبت به قانون اساسی با رویکرد کلسنی یا قانون اساسی فرانسه به خوبی بیانگر تفاوت در هدف مراجع صیانت اساسی است.

1. Rubio llorente.

2. Constitutional Jurisdiction.

3. Grazia, M., and ELÍAS Méndez. C. "Current Trends and Perspectives Regarding Constitutional Jurisdiction in the Member States of the Eu", *Rivista Di Studi Politici Internazionali* 80 (2013), p 554.

4. Ibid: p 555.

5. Pierre Bon.

۶. بن، پیر، اساسی‌سازی حقوق اسپانیا، ترجمه جواد تقی زاده، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۴، شماره ۵، ص ۲۳۴.

۷. پیشین، ۲۳۶.



## ۲. انواع روش دسترسی به دادرسی اساسی

به طور کلی تحقق دادرسی اساسی یا به صورت ضمنی در جریان یک دعوی عادی انجام می‌شود (سامانه آمریکایی یا غیرمتمرکز) و یا به شکل آیینی خاص جدای از دادخواهی معمول (سامانه متمرکز). نوشتار حاضر با متمرکز روی سامانه اروپایی دادرسی اساسی، به دنبال شرح روش‌هایی است که به وسیله آن افراد عادی می‌توانند مراجع متمرکز دادرسی اساسی را وادار به شروع فرایند دادرسی نمایند.

### ۲.۱. روش‌های غیرمستقیم دسترسی به مراجع دادرسی اساسی

منظور از روش غیر مستقیم، شیوه خاصی از دسترسی است که طی آن افراد به‌وسیله یک نهاد واسطه موجب شروع فرایند دادرسی اساسی می‌شوند. به عبارت دیگر، می‌توان آن را روشی دانست که بر اساس آن، پرسش افراد درباره اساسی بودن یک هنجار حقوقی به وسیله یک نهاد واسطه به مراجع دادرسی اساسی ارجاع داده می‌شود.

#### ۲.۱.۱. درخواست رسیدگی مقدماتی

«درخواست رسیدگی مقدماتی» یا «درخواست ارجاع مقدماتی» اصطلاحی است که بیشتر در خصوص صلاحیت قضات عادی کشورهای عضو اتحادیه اروپا برای ارسال درخواست رسیدگی قوانین داخلی کشورها از حیث انطباق با قوانین اتحادیه به دیوان دادگستری اروپایی کاربرد دارد. این درخواست مطابق ماده ۲۶۷ «معاهده راجع به نحوه عملکرد اتحادیه اروپا»<sup>۱</sup> صورت می‌گیرد. در نظام حقوق داخلی درخواست رسیدگی مقدماتی یکی از روش‌های معمول و رایج برای کنترل انتزاعی هنجارهای حقوقی از حیث اساسی بودن است. درخواست رسیدگی مقدماتی یا به ابتکار قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده مطروحه و یا به ابتکار افراد (طرفین دعوا) تحقق می‌پذیرد (استثنای غیراساسی بودن). بر این اساس، چنانچه قضات در جریان رسیدگی‌های عادی در خصوص اساسی بودن قوانین و آیین‌نامه‌های قابل اجرا تردید داشته باشند، از مراجع مربوطه، بررسی انطباق یا عدم انطباق هنجار مذکور را با قانون اساسی تقاضا می‌کنند. نتیجه این فرایند صدور تفسیر مرجع مذکور در خصوص انطباق یا عدم انطباق قانون مذکور با هنجارهای اساسی

1. Treaty on the Functioning of the European Union .

است، اما تصمیم نهایی در خصوص حل دعوای مطروحه با قاضی عادی خواهد بود که بر اساس تفسیر ارائه شده حکم نهایی را صادر می کند. جدای از ابتکار قاضی، روش دیگر فعال شدن این فرایند، ادعای طرفین دعوای در خصوص عدم انطباق قانون مورد استناد طرف مقابل با مفاد قانون اساسی است. باید افزود که در این صورت بیشتر نظام های حقوقی تصمیم نهایی را در خصوص ارسال یا عدم ارسال درخواست رسیدگی مقدماتی، در صلاحیت قاضی قرار داده اند. به عبارت دیگر، قاضی در ارسال یا عدم ارسال درخواست رسیدگی که طرفین دعوای خواستار آن هستند، آزاد است.<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۲. دسترسی غیرمستقیم توسط آموذزمان ها و نهادهای مشابه

امروزه بیشتر کشورها در نظام داخلی خود نهادهای نظارتی مانند آموذزمان یا کمیسیون های مجلس را به منظور حمایت از حقوق افراد گنجانده اند. آموذزمان چیزی شبیه «معمد» است که به تدریج به صورت «داور بی طرف در اعمال دولت» درآمد است.<sup>۲</sup> در یک تقسیم بندی کلی صلاحیت نهادهای آموذزمان در ارتباط با دادرسی اساسی به دو صورت تحقق می یابد: در برخی کشورها این نهادها صلاحیت مراجعه مستقیم به مراجع صیانت از قانون اساسی را دارند. چنین صلاحیتی در کشورهایی مانند پرتغال و اسپانیا عام و شامل تمام اشکال اعمال عمومی است.<sup>۳</sup> در مقابل، کشوری مانند اتریش چنین صلاحیتی را صرفاً به درخواست رسیدگی انتزاعی علیه مقررات عام مقام های اداری محدود نموده است.<sup>۴</sup> اما در بیشتر کشورها صلاحیت این مراجع صرفاً ارائه گزارش نقض حقوق بنیادین به نهادها و مقاماتی است که امکان مراجعه مستقیم به مراجع دادرسی اساسی را دارند. اهمیت مشارکت چنین نهادهایی در دادرسی اساسی در

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Hess, Burkhard. "Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens." *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. H. 2/3 (2002): 470-502; Schmidt, Günter, *Rechtsanwendung und Rechtskontrolle in der Europäischen Union: Beiträge aus dem Fernstudieninstitut*. BOD GmbH DE, 2013.

۲. جلالی، محمد و رضوان ضیائی، نقش آموذزمان ها در توسعه و ارتقای مردم سالاری، پژوهش حقوق عمومی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، شماره ۱۵، ص ۱۳۲.

3. Reif, L, *The ombudsman, good governance, and the international human rights system*. Martinus Nijhoff Publishers, 2004:p126.

4. Schöpfer, E, "Volksanwaltschaft in Österreich", *Schwerpunkte Grund-und Menschenrechte aus den Jahresberichten* (2001): 108.; Tornos, De., and Magdalena, Maria, *Der Ombudsmann: Vergleichender Überblick zwischen dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Österreich und dessen sprachlich terminologische Analyse*. Diss. uni-wien (2009).

کشورهایی که امکان دسترسی مستقیم افراد به نهادهای دادرسی اساسی وجود ندارد، در مقایسه با کشورهای که چنین امکانی را برای افراد به رسمیت شناخته‌اند، دو چندان است. وجود چنین نهادهایی در چنین کشورهایی نقش مؤثری در پیگیری مطالبات فردی و نهایتاً تضمین حقوق افراد خواهد داشت.<sup>۱</sup>

## ۲.۲. روش‌های مستقیم دسترسی به دادرسی اساسی

برخلاف شیوه‌های غیرمستقیم دسترسی به دادرسی اساسی، دسترسی مستقیم به معنی آیین‌هایی است که افراد به صورت مستقیم و بدون دخالت شخص یا نهاد سومی به طرح دادخواست رسیدگی نزد مراجع دادرسی اساسی اقدام می‌کنند. باید توجه داشت که روش‌های دسترسی مستقیم نتایج یکسانی در پی ندارد. این روش‌ها یا منجر به رسیدگی انتزاعی بر هنجارها می‌گردد یا رسیدگی موردی (یا عینی)<sup>۲</sup> را در پی خواهد داشت. در ادامه بر اساس همین تقسیم‌بندی، انواع روش بررسی می‌شود.

### ۲.۲.۱. روش‌هایی منتج به رسیدگی انتزاعی/مجرد

نظارت انتزاعی بر قوانین و آیین‌نامه‌ها روش مرسوم رسیدگی توسط مراجع دادرسی اساسی است. رسیدگی بدین صورت صرفاً بر اساس معیارهای ذهنی اعضای مراجع دادرسی اساسی و بدون توجه به پرونده‌های خاص صورت می‌پذیرد

#### ۲.۲.۱.۱. دعوای عمومی<sup>۳</sup>

دعوای عمومی اصطلاحی لاتین است که در حقوق جزای روم باستان کاربرد داشته است. دعوای عمومی صورتی از دعواست که از طرف اعضای جامعه با هدف حمایت از منافع جمعی طرح می‌شود. در حقوق اساسی، این اصطلاح بیانگر امکان مراجعه مستقیم افراد به مراجع دادرسی اساسی و طرح پرسش غیراساسی بودن علیه یک قانون ماهوی پس از تصویب آن است.

۱. برای مطالعه راجع به نقش آموذمان‌ها در نظارت اداری و اساسی در سطح اتحادیه اروپا ن.ش.

Haas, Julia, Der Ombudsmann als Institution des europäischen Verwaltungsrechts: zur Neubestimmung der Rolle des Ombudsmanns als Organ der Verwaltungskontrolle auf der Grundlage europäischer Ombudsmann-Einrichtungen. Mohr Siebeck, 2012.

2. Concrete review.

3. Actio popularis.

به عبارت دیگر، دعوای عمومی به معنی امکانی حقوقی است که به وسیله آن هر شخصی می تواند به مراجع دادرسی اساسی رجوع و ادعا کند که قانون یا هر مقررۀ دیگر حقوقی خلاف قانون اساسی است.<sup>۱</sup> ویژگی مهم این فرایند عدم نیاز به اثبات این امر است که شخص به طور مستقیم و حال<sup>۲</sup> از مقررۀ غیراساسی ضرر دیده است. به عبارت دیگر، نیازی به اثبات ذی نفعی فرد متقاضی رسیدگی اساسی نیست.<sup>۳</sup> پیش بینی این فرایند در قوانین داخلی کشورها مبتنی بر این پیش فرض است که همه افراد وظیفۀ نگهبانی از قانون اساسی را دارند. به همین دلیل است که فرد متقاضی لزوماً نباید قربانی نقض حقوق بنیادین باشد، چراکه طرح این دادخواست از باب نظارت است نه از باب درخواست جبران خسارت وارده.<sup>۴</sup>

#### ۲.۲.۱.۲. پیشنهاد فردی<sup>۵</sup>

پیشنهاد فردی از دیگر روش هایی است که منجر به نظارت انتزاعی بر هنجارهای حقوقی می شود. در این روش افراد عادی همانند دعوای عمومی امکان مراجعۀ مستقیم به نهادهای دادرسی اساسی و طرح درخواست رسیدگی اساسی بر قوانین را دارند. اما همان گونه که از عنوان پیشنهاد فردی پیداست، این درخواست صرفاً یک پیشنهاد رسیدگی است و مراجع مذکور ملزم به پذیرش چنین درخواستی نیستند. می توان گفت که ارائه چنین درخواستی (پیشنهادی) به منزله ترغیب مراجع مربوطه به نظارت بر اساسی بودن قوانین و مقررات است و این مراجع دادرسی هستند که اختیار تصمیم نهایی را در خصوص انجام رسیدگی یا انجام ندادن آن دارند.

1. Venice commission, op cit ,p21.

2. Directly and currently affected by the violation .

۳. کشورهای مجارستان، کرواسی، آرژانتین، شیلی، گرجستان و ... از جمله کشورهایی هستند که دعوای عمومی را در قوانین خود پیش بینی کرده اند. ماده ۳۲ قانون اساسی مجارستان و قسمت ۳ بند ۱ قانون دادگاه قانون اساسی این کشور، بدون درج هیچ گونه قیدی در خصوص لزوم ذی نفع بودن متقاضی، تمامی افراد را واجد صلاحیت طرح دعوا علیه قوانین دانسته است. ماده ۳۸ دادگاه قانون اساسی کرواسی نیز چنین صلاحیتی را برای افراد عادی پیش بینی کرده است.

4. Mercer,P. "The Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited", *UW Ontario L. Rev* 21 (1983), p21.

5. Individual suggestion .

### ۲.۲.۱.۳. دعوای شبه عمومی<sup>۱</sup>

دعوای شبه عمومی روشی است که مابین دعوای عمومی و دادخواهی اساسی ماهوی قرار دارد. افراد در این روش مانند دعوای عمومی می‌توانند به مراجع دادرسی اساسی رجوع کنند و مراجع مذکور ملزم به رسیدگی هستند. آنچه دعوای شبه عمومی را از دعوای عمومی متمایز می‌سازد، لزوم اثبات وجود نفع حقوقی مشخص در ارتباط با قانون یا آیین‌نامه‌ای است که ادعای غیراساسی بودن آن مطرح شده است. در این روش، افراد باید ثابت نمایند که اجرای مقرره خلاف قانون اساسی، در حقوق، منافع و موقعیت حقوقی آنها تأثیرگذار است. اما آنچه این روش را از دادخواهی اساسی ماهوی متمایز می‌سازد، عدم لزوم تحقق تأثیرپذیری مستقیم فرد به وسیله قانون مورد شکایت است.<sup>۲</sup> در همین راستا، ماده ۴۸ قانون تأسیس دادگاه عالی ویژه<sup>۳</sup> یونان، تمامی افرادی را که در اقامه دعوا دارای نفعی قانونی<sup>۴</sup> هستند، برای شکایت علیه قوانین، واجد صلاحیت قلمداد کرده است.<sup>۵</sup>

### ۲.۲.۲. روش‌های منتج به رسیدگی موردی

آیین‌هایی که موجب رسیدگی موردی بر هنجارهای حقوقی توسط مراجع دادرسی اساسی می‌گردند، در مقایسه با آیین‌هایی که موجب رسیدگی انتزاعی می‌شوند، از استقبال بیشتری برخوردار شده است. منظور از رسیدگی موردی این است که قاضی اساسی، انطباق یا عدم انطباق قانونی را که در خصوص دعوای معین باید اجرا شود، یا عمل اداری یا حکم دادگاه را که مربوط به دعوایی معین است، دادرسی می‌نماید.<sup>۶</sup> ویژگی مشترک تمام این روش‌ها لزوم اثبات تأثیرگذاری مستقیم و بالفعل عمل خلاف قانون اساسی مقامات عمومی بر حقوق بنیادین افراد است. چنین شرطی شباهت بسیاری به لزوم ذی‌نفع بودن در دعوای عادی دارد. در واقع همین شرط است که موجب می‌شود رسیدگی، عینی باشد.

1. Quasi actio popularis.

2. Venice commission, op cit:p 22.

3. Supreme special court/ Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο.

4. Having a lawful interest

5. Ibid,p 147.

۶ تقی‌زاده، جواد، مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، پاییز ۱۳۸۳، شماره ۱۱، ص ۱۳۶.

## ۲.۲.۲.۱. اقامه دعوا علیه قانون

همان‌طور که بیان شد، یکی از هنجارهای قابل شکایت در چنین آیین‌هایی قوانین مصوب مجلس هستند. پیش‌بینی شکایت فردی از قوانینی که مصوب مجلس متشکل از نمایندگان منتخب مردم هستند، تغییری بنیادین در تفکرات غالب در اندیشه‌های حقوقی درخصوص دموکراسی و لزوم پیروی از نظر اکثریت است. آیین‌های شکایت علیه قانون به‌طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شوند: دادخواهی اساسی ماهوی<sup>۱</sup> و درخواست اساسی<sup>۲</sup>.

دادخواهی اساسی ماهوی روشی است که بر اساس آن افراد می‌توانند نسبت به نقض حقوق بنیادین خود توسط عمل فردی یکی از مأمورین دولتی که مبتنی بر قانونی خلاف احکام اساسی بوده است، شکایت کنند. به عبارت دیگر، زمانی که در جریان یک عمل اداری یا قضایی، یکی از حقوق بنیادین افراد نقض گردد (به همین دلیل این شیوه جزء روش‌های منتج به رسیدگی عینی است) و این عمل مبتنی بر قانونی باشد که فرد زیان‌دیده ادعا می‌کند، خلاف قانون اساسی است، می‌تواند به مراجع دادرسی اساسی رجوع و درخواست رسیدگی به انطباق قانون موردنظر با قانون اساسی را بنماید. در این صورت، نهاد موردنظر جدای از اساسی بودن یا نبودن عمل فردی و تأثیر آن بر نقض حقوق بنیادین، صرفاً به بررسی قانون موردنظر می‌پردازد.<sup>۳</sup>

درخواست اساسی شباهت زیادی با آیین دادخواهی اساسی ماهوی دارد. تنها تفاوت آنها مبنای چنین شکایتی است؛ درحالی‌که مبنای دعوی اساسی ماهوی نقض حقوق بنیادین توسط عمل فردی مبتنی بر قانون خلاف مقررات اساسی است، مبنای درخواست اساسی نقض حقوق بنیادین ناشی از تفسیرهای متفاوت از یک قانون و نهایتاً اجرای متفاوت قانون است.<sup>۴</sup> درخواست اساسی آیینی است که طبق آن، در صورتی که تفسیر و اجرای گوناگون یک قانون حقوق بنیادین افراد را نقض کرده باشد، شخص زیان‌دیده می‌تواند به دادگاه قانون اساسی مراجعه و تفسیر قانون مورد نظر را تقاضا کند.

1. Normative constitutional complaint.

2. Constitutional petition.

3. Ibid, p40.

4. Rezie, R., and Step Mon, "The Ukrainian Constitution: Interpretations of the Citizens' Rights Provisions", *Case W. Res. J. Int'l L* 31 (1999), p 188.

## ۲.۲.۲.۲. اقامه دعوا علیه اعمال فردی (آیین دادخواهی اساسی)

پیش از پرداختن به مفهوم دادخواهی اساسی، لازم است رابطه منطقی این روش با دو روش پیشین (دادخواهی اساسی ماهوی و درخواست فردی) بیان شود. رابطه بین دادخواهی اساسی و دو روش پیش، عموم و خصوص مطلق است. هدف از تفکیک انجام شده در این نوشتار، توجه بیشتر بر این واقعیت است که با وجود تصور اولیه در خصوص ظرفیت‌های قوانین در نقض حقوق و آزادی‌ها، آنچه بیشتر آزادی‌های افراد را تهدید می‌نماید، اعمال فردی مقامات عمومی (اعمال تقنینی و اعمال اجرایی آنان) است. هانس کلسن در این خصوص بیان می‌کند: «نظارت قضایی بر آیین‌نامه‌های دولتی مهم‌تر از نظارت بر قوانین مجلس هستند، چراکه خطر تجاوز مقامات دولتی در وضع مقررات عام،<sup>۱</sup> بیشتر از خطر تجاوز قانون‌گذار از محدوده صلاحیت‌های خویش است.»<sup>۲</sup> وی همچنین در خصوص اهمیت نظارت بر اعمال موردی اداره چنین بیان می‌دارد: «مقامات اداری» در چهارچوب ظرفیت‌های اجرایی قانون، همان رتبه [و نقش] دادگاه‌ها، در اجرای قانون را دارند»<sup>۳</sup>؛ بر همین اساس باید تأکید خاصی بر نظارت بر اعمال مقامات دولتی، از جمله مقامات عالی مانند رئیس‌جمهور و وزراء، داشت. در چهارچوب دادخواهی اساسی نه فقط قوانین مصوب پارلمان، بلکه اعمال فردی اداری و همچنین احکام دادگاه‌ها نیز نزد مراجع دادرسی اساسی قابل شکایت است. به عبارت دیگر، در چهارچوب دادخواهی اساسی، نظارت منصرف بر قانونی بودن عمل اداره نیست، بلکه اساسی بودن عمل اداری مورد بررسی قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> در ادامه، به دلیل اهمیت دادخواهی اساسی در حمایت از آزادی‌های اساسی، این روش در قسمتی مجزا بررسی خواهد شد.

1. General legal rules.

2. Kelsen, H. "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics* 4 (1942), p 184.

3. Ibid, p 183.

4. Gerald Crossland, H. "Rights of the Individual to Challenge Administrative Action before Administrative Courts in France and German", *International and Comparative Law Quarterly* 24 (1975), p 713.

### ۳. مؤلفه‌ها و مبانی دادخواهی اساسی<sup>۱</sup>

امروزه قوانین اساسی در بیشتر کشورها فصلی را به حقوق ملت اختصاص داده‌اند یا اینکه در اعلامیه‌های حقوق، فهرست مشخصی از حقوق مدنی و سیاسی را برای افراد به رسمیت شناخته‌اند. مسئله‌ای که همیشه در خصوص این متون مورد بحث و بررسی بوده، هنجاریت این اسناد بوده است. آیین شکایت اساسی، آخرین گام به منظور الزام‌آور ساختن این منابع است. در چنین فرایندی افراد همانند دعاوی عادی و با همان شرایط و الزامات آیینی به اقامه دعوا مبادرت می‌کنند، اما در این دادخواهی فقط هنجارهای قابل استناد، حقوق بنیادین مصرح در این اعلامیه‌هاست. در واقع می‌توان گفت، کارکرد اصلی دادرسی اساسی در پاسداشت و اعمال نظام‌مند حق‌های بنیادین به مثابه حق‌های فردی (سوبژکتیو) است.<sup>۲</sup> با پیش‌بینی چنین آیین‌هایی مفاد اعلامیه‌ها همانند مفاد قوانین عادی و بدون نیاز به وساطت قوانین و مقررات عادی قابلیت استناد پیدا می‌کنند و نمی‌توان آنها را صرفاً اصول اخلاقی نامید. دادخواهی اساسی فرایندی است که به وسیله آن، فردی که ادعا می‌کند حق‌ها و آزادی‌های اساسی وی نقض شده یا مورد تعرض قرار گرفته است، از طریق آیینی از پیش تعیین‌شده، اقدام به احقاق حقوق خویش می‌نماید.<sup>۳</sup>

شکایت اساسی مؤثرترین روش برای تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی افراد است.<sup>۴</sup> پیش از پرداختن به ویژگی‌های شکایت اساسی باید به نکته‌ای کلیدی توجه داشت. از نقطه‌نظر تاریخی آیین شکایت اساسی پدیده‌ای پسااقتدارگرایانه<sup>۵</sup> است.<sup>۶</sup> واقعیات تاریخی حاکی از آن است که بعد

۱. با توجه به اینکه دادخواهی اساسی در نظام حقوقی آلمان متولد شده و در واقع عینی‌ترین جلوه آن در نظام حقوقی این کشور قابل شناسایی است؛ در این نوشتار به فراخور مباحث، به منظور ملموس تر شدن موضوعات، به نظام حقوقی این کشور اشاره خواهد شد.

2. Gusy, C. *Die Verfassungsbeschwerde*, in: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 201-213, here p. 201.

3. Karakamisheva, T. "Constitutional Complaint-Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study—Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)", in *A Paper Presented at the World Conference on Constitutional Justice, the Constitutional Court of South Africa and the Venice Commission, Cape Town (2009)*, p. 2.

4. Dannemann, G. "Constitutional Complaints: The European Perspective", *International & Comparative Law Quarterly* 42 (1994), p. 142.

5. Postauthoritarian.

6. Ferejohn, J and Pasquale Pasquino, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *Texas Law Review*, 82 (2004), p. 1674.



از جنگ جهانی دوم فقط کشورهایی که دارای تجربه تلخ رژیم‌های دیکتاتوری بودند، اقدام به تأسیس دادگاه‌های قانون اساسی نمودند؛ کشورهایی مانند آلمان، ایتالیا، اسپانیا و پس از آنها کشورهای اروپای شرقی بعد از فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی. این درحالی است که در کشورهایی مانند انگلستان و هلند که دارای نظام سیاسی دموکراتیک و فاقد تجربه دیکتاتوری بودند، تلاشی در راستای تأسیس چنین نهادهایی صورت نپذیرفت.

### ۳.۱. مؤلفه‌های دادخواهی اساسی

برجسته‌ترین ویژگی شکایت اساسی، فرعی و ثانویه‌ای بودن آن است. بر خلاف مدل آمریکایی که در آن درخواست رسیدگی در جریان دعوای مطروحه هنگام مراجعه به دادگاه‌ها در خلال رسیدگی‌های عادی صورت می‌پذیرد، فرایند دادخواهی اساسی در اروپا فرایندی اصلی و ابتدایی نیست. فرد زمانی می‌تواند به مراجع دادرسی اساسی دسترسی یابد که به تمامی مراجع داخلی که صلاحیت رسیدگی به درخواست وی را دارند، مراجعه کرده باشد.<sup>۱</sup> شکایت اساسی در واقع ابزاری تکمیلی برای دادگاه‌های عادی به منظور انجام وظیفه خویش در حمایت از آزادی‌های بنیادین افراد است. این ویژگی منجر به ایجاد شرطی در اقامه دعوی تحت عنوان «مراجعه پیشین به تمام مراجع ممکن»<sup>۲</sup> اساسی شده است. ثانویه بودن دادخواهی اساسی دلایل متفاوتی دارد. از جمله اینکه ممکن است در جریان رسیدگی‌های ابتدایی انگیزه و علت طرح دعوی اساسی برطرف گردد. بسته شدن پرونده در مراحل مقدماتی رسیدگی نتایج چندی در پی دارد که مهم‌ترین آنها کاهش تعداد دعوای‌ای است که به مراجع دادرسی اساسی ارائه می‌گردد. به عبارت دیگر، ضرورت این شرط برای این است که دعوی اساسی به عنوان یک روش معمول برای حمایت از حق‌ها و آزادی‌ها تبدیل نگردد، چراکه در غیر این صورت، تمام بار رسیدگی به این موضوعات بر دوش دادگاه قانون اساسی می‌افتد. با وجود این، در مواردی که شرایط موجود اقتضا می‌کند، استثنائاتی بر این اصل وارد می‌شود. بر اساس یک فرمول پذیرفته شده در نظام حقوقی آلمان، توسل پیشینی به تمامی راه‌حل‌های حقوقی صرفاً در مواردی کاربرد دارد که «از

1. Singer, M. "The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints", *Int'l & Comp. L.Q* 31 (1982), p 346.

2. Exhaustion of all legal remedies.

لحاظ منطقی انتظار می‌رود<sup>۱</sup> فرد به مراجع پیشینی حقوقی رجوع نماید.<sup>۲</sup> بر همین اساس، ماده ۹۰ قانون «تأسیس دادگاه قانون اساسی فدرال»<sup>۳</sup> ارائه درخواست شکایت اساسی را منوط به توسل پیشین به تمام راه‌حل‌های حقوقی نموده است. البته براساس همان ماده، در صورتی که شکایت مورد نظر جنبه عمومی داشته باشد یا اینکه رجوع الزام شاکی به طی پیشاپیش تمام راه‌حل‌های حقوقی موجب بروز خسارتی شدید و غیرقابل اجتناب گردد، شاکی می‌تواند به صورت ابتدایی به این مراجع رجوع نماید.

مؤلفه دیگر دادخواهی این است که صرفاً در هنگام نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌توان از آن استفاده کرد. به عبارت دیگر، دادخواهی اساسی روشی قضایی برای رسیدگی و درخواست جبران خسارت ناشی از نقض حقوق و آزادی‌های اساسی است.<sup>۴</sup> همان‌گونه که در مباحث قبل بیان شد، پیش‌بینی روش‌هایی برای دسترسی افراد به مراجع دادرسی اساسی ناشی از ضرورتی بود که در جامعه در خصوص وجود نظام حمایتی خاص درباره حق‌ها و آزادی‌ها احساس شد. دادخواهی اساسی در واقع هدفی جز تضمین احترام و رعایت حقوق اساسی افراد ندارد. به همین دلیل است که مبنای هر نوع شکایتی از این دست باید ادعای نقض چنین حقوقی باشد. دامنه آزادی‌هایی که می‌تواند مبنای دادخواهی اساسی باشد، در کشورهای مختلف، متفاوت است. ویژگی بعدی دادخواهی اساسی، قابلیت استفاده از آن علیه تمامی مظاهر اعمال قدرت عمومی است؛ از جمله قوانین مصوب مجلس، آیین‌نامه‌های دولتی، اعمال اداری فردی و احکام دادگاه‌ها. باید افزود در صورتی که مقامات عمومی در انجام وظیفه خود سهل‌انگاری نمایند و از این سهل‌انگاری یکی از حقوق بنیادین افراد نقض گردد، می‌توان در خصوص سهل‌انگاری مقام عمومی مورد نظر دادخواهی نمود.<sup>۵</sup>

1. reasonably to be expected/zumutbar.

2. Ibid.

3. Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG.

4. Dannemman, op cit.

۵. برای اطلاعات بیشتر در خصوص نقش دادرسی اساسی در حمایت از آزادی‌های مثبت و منفی نک:

Currie, David P. Positive and Negative Constitutional Rights, *The University of Chicago Law Review* 53 (1986), p p 864-890.

یکی دیگر از ویژگی‌های بارز و حائز اهمیت دادخواهی اساسی امکان ارائه آن به وسیله هر شخصی<sup>۱</sup> است که مدعی نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین خود است. هدف اصلی طرح این موضوع اشاره به این نکته است که دادخواهی اساسی صرفاً به شهروندان اختصاص ندارد، بلکه اتباع دیگر کشورها نیز از چنین حقی برخوردار هستند.<sup>۲</sup> همچنین از این شرط می‌توان نتیجه گرفت که طرح شکایت اساسی به اشخاص حقیقی اختصاص ندارد؛ در کشورهایی مانند آلمان اشخاص حقوقی (حقوق خصوصی و حقوق عمومی مانند لندها در آلمان) نیز از صلاحیت دادخواهی اساسی برخوردار هستند.

### ۳.۲. مبانی دادخواهی اساسی

#### ۳.۲.۱. مبانی دموکراتیک

امروزه دادرسی اساسی جدای از روابط سنتی خود با دموکراسی در حفظ حقوق اقلیت، وارد حوزه‌های جدیدی از دموکراسی شده است. فرایند ارائه درخواست‌های رسیدگی به مراجع دادرسی اساسی ابعاد جدیدی از مشارکت شهروندان در زندگی گروهی و حقی جدید برای آنان ایجاد کرده است: حق شکایت و درخواست جبران خسارت زمانی که حق اساسی فرد نقض شده است. در چنین سیستمی، شهروندان در واقع حقی بیش از حق سیاسی مشارکت در انتخابات (ریاست جمهوری یا پارلمان) دارند. مشارکت آنان در فرایند قانون گذاری به انتخاب نمایندگان مجلس ختم نمی‌شود. آنها قادرند از طریق ارسال شکایات اساسی به مراجع مرتبط و دریافت پاسخ از چنین مراجعی،<sup>۳</sup> در فرایندی پیوسته و لاینقطع با حکومت ارتباط برقرار کنند. چنین گفت‌وگویی منجر به پیدایش پدیده‌ای خواهد شد که هابرماس آن را constitutional patriotism می‌نامد. «مبهن‌پرستی اساسی» نوعی هویت تقسیم‌شده ملی است، مبتنی بر یکسری اصول انتزاعی که از مفاد و آیین‌های دموکراتیک موجود در قوانین اساسی نشئت می‌گیرد.<sup>۴</sup> چنین گفت‌وگویی در

1. Anybody/jedermann.

2. Wilhelm Karl, G. "Judicial Review of Statutes A Comparative Survey of Present Institutions and Practices", *Cornell L. Q* 51 (1965), p 295.

3. Ferejohn, J. and P, Pasquino, "Constitutional Adjudication: lessons from Europe", *Texas Law Review* 85 (2004), p1674.

4. Habermas, J. "The Postnational Constellation: Political Essays" *MIT Press*, 2001, p 18.

بسیاری از موارد به تغییر قانون مذکور خواهد انجامید یا اینکه استدلال‌های مراجع دادرسی اساسی به عنوان معیارهایی در نظر گرفته خواهد شد که قانون‌گذاران هنگام تصویب قوانین بعدی در نظر خواهند داشت.<sup>۱</sup>

در نظام‌های اروپایی رسیدگی به اساسی بودن مصوبات پارلمان اکثراً به صورت انتزاعی (ذهنی) انجام می‌شود. وجود چنین سازوکارهایی را می‌توان مکمل نظارت‌های انتزاعی دانست؛ چراکه ممکن است در فرایند تصویب یک قانون در پارلمان، امکان مشارکت همه احزاب و طرف‌های مرتبط ممکن نباشد و از طرفی نهادهای صیانت از قانون اساسی در نظارت انتزاعی خود همه جوانب را در نظر نگرفته باشند. امکان دسترسی به نهادهایی که دارای صلاحیت ابطال یا اصلاح (به صورت غیر مستقیم) قوانین مذکور هستند، منجر به مشارکت احزاب یا نهادهایی خواهد شد که در فرایند تصویب قانون شرکت نداشته‌اند. نتیجه آنکه مراجعهٔ پسینی به چنین مراجعی باعث مشارکت غیرمستقیم بیشتر افراد جامعه در فرایند قانون‌گذاری و تحقق عینی‌تر آرمان‌های دموکراسی‌خواهی در جامعهٔ سیاسی خواهد بود.

### ۳.۲.۲. مبانی حقوق بشری

حمایت از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین در مقایسه با حمایت از سایر حقوق، از پیچیدگی بیشتری برخوردار است. مبناي چنین چالشی عدم امکان تعیین قطعی مفهوم حقوق بنیادین است. حقوق بنیادین در مقایسه با سایر هنجارهای حقوقی در خصوص تفسیر و اجرا تفاوت چشمگیری دارد. هنجارهای عادی معمولاً بیانگر یک توصیف انتزاعی و کلی در خصوص موضوع مورد نظر، مانند شرایط تحقق یا آیین انجام عمل مورد نظر هستند و در انتها نیز نتیجهٔ تحقق آن شرایط توصیف شده مشخص می‌گردد. به عبارت دیگر هنجارهای عادی دارای ساختاری "if-then" هستند.<sup>۲</sup> چنین هنجارهایی متشکل از دو جزء شرایط و نتایج هستند. به عنوان مثال در قوانین جزایی شرایطی را برای محکومیت شخصی به جرم قتل و اطلاق عنوان قتل به عمل شخص بیان شده است. در صورتی که تحقق چنین شرایطی احراز گردد، فرد مورد نظر به مجازات

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Heun, Werner. *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*. Mohr Siebeck, 2014, p 3.

2. Grimm, D. "The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany", *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015), p 16.

اعدام محکوم می‌شود (شرایط: رکن مادی و معنوی جرم قتل و نتیجه: اعدام). چنین هنجارهایی در قوانین اساسی نیز قابل شناسایی هستند. برای مثال طبق اصل هفتادوششم قانون اساسی: «هر گونه تغییر در خطوط مرزی ممنوع است، مگر اصلاحات جزئی با رعایت مصالح کشور، به شرط اینکه یک طرفه نباشد و به استقلال و تمامیت ارضی کشور لطمه نزند و به تصویب چهار پنجم مجموع نمایندگان مجلس شورای اسلامی برسد». (به بیان دیگر، اگر چهار پنجم نمایندگان به اصلاح خطوط مرزی رأی دهند، نتیجه که عبارت است از تغییر خطوط مرزی، حاصل می‌گردد).

حقوق بنیادین ساختار متفاوتی دارند. چنین حقوقی نمی‌توانند به سطحی از عینیت و تعین همانند هنجارهای عادی برسند. آنها در قالب ساختار "if-then" قرار نمی‌گیرند. (متن قوانین اساسی هنگامی که حقوق ملت را بیان می‌کند، صرفاً بعضی اعمال (بیان عقیده‌ای خاص)، نهادها (تشکیل احزاب) یا وضعیت‌ها (تمامیت جسمانی) را «آزاد» بیان می‌کند.<sup>۱</sup> بررسی قانون اساسی در این خصوص سودمند خواهد بود: طبق اصل بیست‌ودوم: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است ...». همان گونه که مشخص است، این حقوق و آزادی‌ها معمولاً با یک کلمه توصیف می‌شود؛ مثلاً آزادی بیان، مالکیت، مطبوعات، احزاب و ... . توصیف دقیقی از مفاهیم بیان نمی‌شود. علاوه بر عدم تعیین مفهوم این حقوق، قوانین اساسی پس از به رسمیت شناختن چنین حقوقی، امکان محدود نمودن آنها توسط قانون‌گذار را نیز بیان می‌کند. علاوه بر این، میزان اعمال چنین محدودیت‌هایی نیز مشخص نشده است. اصل مذکور در ادامه چنین مقرر می‌دارد: «مگر در مواردی که قانون تجویز کند». در یک نگاه تطبیقی می‌توان گفت در نظام‌های حقوقی اروپایی، به جز حق بر کرامت انسانی و حق بر برابری در مقابل قانون، تقریباً سایر حقوق و آزادی‌ها با محدودیت روبه‌رو هستند.<sup>۲</sup> برای مثال قانون اساسی اسپانیا در بند یکم ماده بیستم، حق بر آزادی بیان را به رسمیت شمرده، اما در بند چهارم همان ماده با استناد به حقوقی، مانند حیثیت افراد و حریم خصوصی، امکان محدود نمودن آن را پیش بینی نموده است. همچنین بند اول اصل دوم قانون بنیادین آلمان که مقرر می‌دارد: «هر فردی حق تکامل آزادانه

1. Ibid.

2. Ibid, p 17.

شخصیت خود را دارد، با این شرط که به حقوق دیگران تجاوز نکرده و نظم قانون اساسی و یا موازین اخلاقی جامعه را نقض ننماید.»

با توجه به دلایل بیان شده، تضمین و اجرای حقوق بنیادین صرفاً با برشمردن این حقوق و اشاره به صلاحیت پارلمان به منظور محدود نمودن آنها امکان‌پذیر نیست. تضمین چنین هنجارهایی نیازمند پاسخ به سؤالاتی دربارهٔ مسائلی مانند اشخاص تحت حمایت است؛ اشخاصی که چنین حمایت‌هایی علیه اعمال آنان صورت می‌گیرد (کسانی که ممکن است چنین حقوقی را نقض کنند)، چگونگی اعمال این حمایت‌ها یا اینکه چه اعمالی می‌توانند به‌عنوان نقض حقوق بنیادین تلقی شوند. همچنین باید مشخص شود که چه نوع و چه میزانی از محدودیت از طرف پارلمان قابل پذیرش و دفاع است.

پاسخ به چنین مسائلی ممکن است در متن قوانین اساسی مشخص شود، اما ضرورتاً چنین نیست. با توجه به مطالب فوق، می‌توان گفت اجرای هنجارهای بنیادین نیازمندی و وابستگی بیشتری به پیش فرض‌هایی در خصوص کارویژهٔ این هنجارها و درک خاصی از انواع حقوق و آزادی‌ها، محدودهٔ این حقوق و نهایتاً آثار خاص اعمال این هنجارها دارد. مجموعه‌ای از فروض بالا که باید منطبق با قانون اساسی باشد، تشکیل‌دهندهٔ نظریهٔ حقوق بنیادین در یک کشور خواهد بود.<sup>۱</sup> این نظریات در حکم شرایطی است که اجرای هنجارهای عادی را عملی می‌سازد، اما مانند آنها قابل تصویب به وسیلهٔ مجلس نیست، ولی بدون شک راهنمای مقاماتی است که وظیفهٔ تضمین و اجرای حقوق بنیادین را بر عهده دارند. به همین دلیل به روشی که سایر هنجارهای حقوقی اجرا می‌شوند، قابل اجرا نیستند.

با توجه به مطالب بیان‌شده، تضمین و اجرای حقوق بنیادین در سطح نظری و اجرایی نیازمند تعیین شرایط و ساختارهایی است که تئوری حقوق بنیادین در یک کشور را می‌سازد. در سطح نظری، تئوری حقوق بنیادین توسط حقوق‌دانان ساخته می‌شود که جدای از شرایط خاص موجود در پرونده‌ای خاص و بر اساس فلسفهٔ حقوق بنیادین، راهنمای نهادها و افراد درگیر در اجرای حقوق مذکور هستند. در سطح عملی، این نهادهای دادرسی اساسی‌اند که پاسخگوی چنین مسائلی هستند. همان‌گونه که بیان شد، پیش‌بینی شرایط و ساختار حقوق بنیادین به

1. Ibid.

صورت انتزاعی امکان‌پذیر نخواهد بود. به همین دلیل ارائه تفسیری مناسب از حقوق بنیادین صرفاً بر اساس متن و بدون توجه به واقعیات غیرممکن است. نظریه حقوق بنیادین توسط مراجع دادرسی اساسی از طریق فرایند گفتگومانی دائمی بین جامعه و این مراجع شکل می‌گیرد. برخلاف کارویژه نظارت بر اساسی بودن مصوبات پارلمان که به صورت انتزاعی انجام می‌شود، دادخواهی اساسی معمولاً به صورت عینی اعمال می‌شود. نظریات مراجع دادرسی اساسی که به این شکل ابراز می‌گردد، منطبق با واقعیات موجود در جامعه است. تصمیمات مراجع دادرسی اساسی که به وسیله فرایند دادخواهی اساسی اتخاذ می‌گردد، نیز در مجموع تشکیل‌دهنده رویه‌های اساسی در یک کشور خواهد بود.

برای تکمیل این بحث اشاره به نظریات رابرت الکسی<sup>۱</sup> می‌تواند مفید باشد. وی در کتاب *نظریه حقوق اساسی* تفکیکی بنیادین بین اصل و قاعده قائل شده است: از نظر او اصول، دستورات راهنمایی هستند که بسته به شرایط موجود و سایر هنجارهای مرتبط، به طور کامل یا ناقص اجرا می‌شوند. در مقابل، قواعد دارای چنین ویژگی نیستند؛ قواعد یا به صورت کامل اجرا می‌شوند یا اینکه اجرا نمی‌شوند. در شرایط تعارض بین قواعد باید تصمیم گرفته شود کدام یک اجرا شود و کدام یک اجرا نشود. در موارد تعارض بین اصول، آنها می‌توانند به گونه‌ای متوازن گردند که به هر دو اصل این امکان داده شود که در یک پرونده قابلیت اجرا داشته باشد و در پرونده‌ای دیگر کنار زده شوند. از نظر وی، حقوق بنیادین اصل هستند نه قاعده.<sup>۲</sup> امروزه تصمیم‌گیری در خصوص تعارض اصول فوق برعهده قضات اساسی است که در هر پرونده، متناسب با شرایط موجود، تفاسیر خود را از اصول و مواد قانون اساسی بیان می‌کنند. بر همین اساس، الک استون سوییت<sup>۳</sup> در تحلیلی فرجامین از نظام حقوق اساسی در اروپا چنین بیان می‌دارد که: «حقوق اساسی امروزه برخلاف سایر حوزه‌های حقوق در کشورهای [دارای نظام] حقوق نوشته، حقوقی کاملاً قاضی‌ساز است.»<sup>۴</sup>

1. Robert Alexy.

2. Alexy, R. *A Theory of Constitutional Rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2009, p45.

3. Alec Stone Sweet.

4. Stone Sweet, A. *Constitutional Dialogues in the European Community*. Robert Schuman Centre, 1995, p 19.

### نتیجه گیری

امروزه حمایت از حق ها و آزادی های اساسی، یکی از اساسی ترین کارویژه های نهادهای دادرسی اساسی است. فرایندهایی که به افراد عادی امکان دسترسی به مراجع دادرسی اساسی را می دهد، همگی در چهارچوب رویکرد حق محور نسبت به قانون اساسی جای می گیرند؛ رویکردی که بر اساس آن هدف ابتدایی دادرسی اساسی حمایت از حقوق بنیادین است.

روش های دسترسی به دادرسی اساسی به طور کلی به دو دسته روش های مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می شوند. روش های غیرمستقیم که معمولاً موجب رسیدگی انتزاعی بر قوانین می شوند، در جایی است که دسترسی افراد به مراجع دادرسی اساسی به وسیله یک واسطه مانند قاضی یا آمبودزمان ها صورت می گیرد. درمقابل، در مواردی افراد عادی براساس آیین هایی مانند دعوای عمومی، درخواست اساسی، شکایت اساسی و... امکان رجوع مستقیم و بلاواسطه به نهادهای مراجع دادرسی اساسی را دارند.

از بین تمامی روش هایی که برای دسترسی به مراجع دادرسی اساسی پیش بینی شده، دادخواهی اساسی با استقبال چشمگیری مواجه شده است. دادخواهی اساسی روشی فرعی و ثانویه است که براساس آن تمامی افراد می توانند صرفاً نسبت به نقض حقوق و آزادی های خود به این مراجع رجوع کنند. در این نوشتار نقش دادخواهی اساسی در تحقق آرمان دموکراسی مشارکتی و همچنین تأثیر غیرقابل اغماض آن در حمایت از آزادی های اساسی به مثابه مبانی آن، بررسی شده است. پیدایش دادخواهی اساسی زمینه گفتمان جدیدی بین دولت و افراد ایجاد کرده است. اصلاحات اخیر حقوقی در کشورهایی مانند فرانسه (اصلاح قانون اساسی در سال ۲۰۰۸) نشان داد که دموکراسی امروزه راه خود را از مسیر نهادهای سیاسی و اجتماعی تکثرگرا دنبال می کند؛ نهادهایی که اختیارات ویژه ای در پاک نمودن مفهوم سنتی حاکمیت دارند؛ امری که نتیجه فرایند ادغام نهادی ملی و فراملی است. جوامع چندفرهنگی معاصر، امروزه با توجه به اهمیت روزافزون آزادی های فردی و میزان حمایت و احترام به آن، تعریف می شوند. عقیده دیرینه که طبق آن قاضی فقط بیانگر اراده عمومی است، جای خود را به این واقعیت داده که قضات اساسی حافظان ارزش های بنیادینی هستند که در قانون اساسی بیان شده است.



## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌الهی، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۲. گرجی ازندیانی، علی‌اکبر، *در تکاپوی حقوق اساسی*، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

#### مقاله

۳. بن، پیر، *اساسی‌سازی حقوق اسپانیا*، ترجمه جواد تقی‌زاده، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۵.
۴. تقی‌زاده، جواد، *مسأله اساسی سازی نظم حقوقی*، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، بهار - تابستان ۱۳۸۳، شماره ۱۱.
۵. جلالی، محمد، و رضوان ضیائی، *نقش آنبودزمان‌ها در توسعه و ارتقای مردم‌سالاری*، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۱۵.

### ب) منابع انگلیسی

#### Book

6. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, 2nd edn :Oxford University Press, USA, 2009.
7. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative Perspective*: California Law review Incorporated, 1970.
8. Habermas, Jürgen, *The Postnational Constellation: Political Essays*, ed. by Max Pensky, 1st edn: MIT Press, 2001.
9. Stone Sweet, Alec, *Constitutional Dialogues in the European Community*: Robert Schuman Centre, 1995.
10. Reif, Linda C., *The ombudsman, good governance, and the international human rights system*: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

**Articles**

11. Brinks, Daniel M., and Abby Blass, "Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017).
12. Crossland, Hans Gerald, "Rights of the Individual to Challenge Administrative Action before Administrative Courts in France and Germany", *International and Comparative Law Quarterly* 24 (1975).
13. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 'Study on Individual Access To Constitutional Justice', 2011.
14. Ferejohn, John, and Pasquale Pasquino, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *Texas Law Review* 82 (2004).
15. Grazia, Maria, and CRISTINA ELÍAS Méndez, "Current Trends and Perspectives Regarding 15. Constitutional Jurisdiction in the Member States of the Eu", *Rivista Di Studi Politici Internazionali* 80 (2013).
16. Grimm, Dieter, "The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany", *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015).
17. Karakamisheva, Tanja, "Constitutional Complaint-Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study– Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)", in *A Paper Presented at the World Conference on Constitutional Justice, the Constitutional Court of South Africa and the Venice Commission, Cape Town, 2009*, XXIV.
18. Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics* 4 (1942).
19. Llorente, Francisco Rubio, *Constitutionalism In The "Integrated" States Of Europe* (Jean Monnet Chair, 1997).
20. Mercer, Peter P, "The Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited", *UW Ontario L. Rev.* 21 (1983).
21. Rezie, Richard C O, and Mon Sep, "The Ukrainian Constitution: Interpretations of the Citizens' Rights Provisions", *Case W. Res. J. Int'l L* 31 (1999).

22. Singer, Michael, "The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints", *Int'l & Comp. L.Q* 31 (1982).
23. Sweet, Alec Stone, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe", *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007).
24. Wilhelm Karl, Geck, "Judicial Review of Statutes A Comparative Survey of Present Institutions and Practices", *Cornell L. Q* 51 (1965).

### ج) منابع آلمانی

#### Book

25. Haas, Julia, *Der Ombudsmann als Institution des europäischen Verwaltungsrechts: zur Neubestimmung der Rolle des Ombudsmanns als Organ der Verwaltungskontrolle auf der Grundlage europäischer Ombudsmann-Einrichtungen*. Vol. 13. Mohr Siebeck, 2012.
26. Heun, Werner. *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*. Mohr Siebeck, 2014.
27. Schmidt, Günter, *Rechtsanwendung und Rechtskontrolle in der Europäischen Union: Beiträge aus dem Fernstudieninstitut*. BOD GmbH DE, 2013.
28. Tornos, De, and Magdalena, Maria. *Der Ombudsmann: Vergleichender Überblick zwischen dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Österreich und dessen sprachlich terminologische Analyse*. Diss. uniwiien, 2009.

#### Articles

29. Grimm, Dieter, "Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen", in: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie: Beiheft 4* (1982): 142.
30. Gusy, Christoph. "Die Verfassungsbeschwerde", in: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.
31. Hess, Burkhard. "Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, H. 2/3 (2002).

32. Hwang, Shu-Perng, "Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie: Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie", *Der Staat* 46 (2007).
33. Schöpfer, Eduard Christian, "Volksanwaltschaft in Österreich." *Schwerpunkte Grund-und Menschenrechte aus den Jahresberichten* (2001).
34. Su, Yeong-chin, "Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Urteile", in: Heun, Werner/Starck, Christian (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich*, Nomos 2006.