

# اندیشه‌های حقوق عمومی

سال دهم، شماره اول، پیاپی ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۹



مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

به استناد ماده واحده مصوب ۱۳۸۷/۶/۲۴ شورای عالی انقلاب فرهنگی و بر اساس نامه شماره ۳۴۴ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۸ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی وابسته به شورای عالی حوزه‌های علمیه، این نشریه از شماره ۹ حائز رتبه «علمی- ترویجی» گردید.

## مدیر مسئول

سیدابراهیم حسینی

## سر دبیر

ابراهیم موسی‌زاده

## مدیر اجرایی

محمد رجبی القا

## صفحه‌آرا

روح‌الله فریس‌آبادی

## ناظر چاپ

حمید خانی

## چاپ

زمن

## اعضای هیئت تحریریه

محمدجواد ارسطا

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

محمدرضا باقرزاده

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدابراهیم حسینی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

ولی رستمی

دانشیار دانشگاه تهران

عزیزالله فهیمی

دانشیار دانشگاه قم

رضا محمدی کرجی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدفضل‌الله موسوی

استاد دانشگاه تهران

ابراهیم موسی‌زاده

دانشیار دانشگاه تهران

سیدعلی میرداماد نجف آبادی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدمحمد نبویان

دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

نشانی: قه، بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی

امام خمینی - طبقه چهارم، اداره کل نشریات تخصصی

تحریریه ۳۲۱۱۳۴۷۷-۳۲۱۱۳۴۷۴-دورنگار ۳۲۹۳۴۴۸۳ (۰۲۵)

صندوق پستی ۱۸۶-۳۷۱۶۵

www.iki.ac.ir & www.nashriyat.ir

فروشگاه اینترنتی

http://eshop.iki.ac.ir

سامانه ارسال و پی‌گیری مقاله

Nashriyat.ir/SendArticle

- اندیشه‌های حقوق عمومی** دوفصل‌نامه‌ای علمی - ترویجی در زمینه مطالعات حقوق عمومی است. قلمرو مسائل این نشریه، مطالعاتی است که حوزه‌های گوناگون زیر را شامل می‌شود:
۱. معرفی و تبیین انواع پژوهش‌های نظری و کاربردی در حوزه‌های گوناگون دانش حقوق عمومی؛
  ۲. حوزه‌های گوناگون حقوق عمومی پژوهی (فراحقوق، حقوق هنجاری، حقوق کاربردی، حقوق توصیفی، حقوق تطبیقی بین‌الادیان، بین‌الملل، بین‌المذاهب، و...);
  ۳. رابطه حقوق عمومی و علوم همگن (رابطه حقوق عمومی و فلسفه، حقوق عمومی و اقتصاد و مدیریت، حقوق عمومی و سیاست، حقوق عمومی و دین، حقوق عمومی و فقه، حقوق عمومی و...);
  ۴. رابطه حقوق عمومی و سایر علوم (معرفت‌شناسی و حقوق عمومی، جامعه‌شناسی و حقوق عمومی، انسان‌شناسی و حقوق عمومی و...);
  ۵. جایگاه حقوق عمومی در دانش‌های تجربی و علوم انسانی؛
  ۶. شیوه‌های استنباط حقوق عمومی از متون اسلامی؛
  ۷. بررسی و نقد روش‌های موجود در حوزه حقوق عمومی پژوهی؛
  ۸. بررسی و نقد منابع و تراث حقوق عمومی؛
  ۹. نقش فناوری نوین در فرایند حقوق عمومی پژوهی و طرح مسائل جدید حقوق عمومی؛
  ۱۰. راهکارهای کاربردی ساختن حقوق عمومی در همه ابعاد زندگی بشری.

ضمن استقبال از دستاورد تفکرات و تأملات دین پژوهشی، پیشنهادها و انتقادهای شما را در مسیر کمال و بالندگی نشریه پذیریم. خواهشمندیم مقالات خود را از طریق وبگاه نشریه: <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال فرمایید.

**اشتراک:** قیمت هر شماره مجله، ۲۰۰۰۰۰ ریال، و اشتراک دو شماره آن در یک سال، ۴۰۰۰۰۰ ریال است. در صورت تمایل، وجه اشتراک را به حساب سیبا ۰۱۰۰۰۰۰۱۰۵۹۷۳۰۰ بانک ملی، واریز، اصل فیش بانکی یا تصویر آن را همراه با برگ اشتراک به دفتر مجله ارسال نمایید.

## راهنمای تهیه و تنظیم مقالات

### الف) شرایط عمومی

۱. مقالات ارسالی باید برخوردار از صبغه تحقیقی - تحلیلی، ساختار منطقی، انسجام محتوایی، و مستند و مستدل بوده و با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگارش یافته باشند.
۲. مقالات خود را در محیط WORD با پسوند Doc از طریق وبگاه نشریه به <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال نمایید.
۳. حجم مقالات حداکثر در ۲۵ صفحه (۳۰۰ کلمه‌ای) تنظیم شود. از ارسال مقالات دنباله‌دار جدا خودداری شود.
۴. مشخصات کامل نویسنده شامل: نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی / تحصیلات، نشانی کامل پستی، نشانی صندوق الکترونیکی، شماره تلفن تماس، شماره دورنگار، مؤسسه علمی وابسته، همراه مقاله ارسال شود.
۵. مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریات داخلی و یا خارجی و یا به‌عنوان بخشی از یک کتاب چاپ شده باشند. و نیز همزمان برای چاپ به سایر مجلات علمی ارسال نشده باشند.
۶. از ارسال مقالات ترجمه شده خودداری شود. نقد مقالات علمی و یا آثار و کتاب‌های منتشر شده، که حاوی موضوعات بدیع یا نکات علمی ویژه، که با مقتضیات و نیاز جامعه علمی تناسب داشته باشد، امکان چاپ دارند. البته، چاپ مقالات پژوهشی و تألیفی بر این گونه مقالات اولویت خواهد داشت.

### ب) نحوه تنظیم مقالات

مقالات ارسالی باید از ساختار علمی برخوردار باشند؛ یعنی دارای عنوان مشخصات نویسنده، چکیده، کلیدواژه‌ها، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع باشند.

۱. چکیده: چکیده فارسی مقاله (در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی) حداکثر ۱۵۰ کلمه تنظیم گردد و به اختصار شامل: بیان مسئله، هدف پژوهش، روش و چگونگی پژوهش و اجمالی از یافته‌های مهم پژوهش باشد. در چکیده از طرح فهرست مباحث یا مرور بر آن‌ها، ذکر ادله، ارجاع به ماخذ و بیان شعاری خودداری گردد.
۲. کلیدواژه‌ها: شامل حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوا که ایفاکننده نقش نمایه موضوعی مقاله باشد.
۳. مقدمه: در مقدمه مقاله، مسئله تعریف، به پیشینه پژوهش اشاره، ضرورت و اهمیت پژوهش طرح، جنبه نوآوری بحث، سؤالات اصلی و فرعی، تصویر اجمالی ساختار کلی مقاله براساس سؤالات اصلی و فرعی مطرح و مفاهیم و اصطلاحات اساسی مقاله تعریف گردد.
۴. بدنه اصلی: در سامان‌دهی بدنه اصلی مقاله، یکی از شرایط زیر لازم است:

الف - ارائه‌کننده نظریه و یافته جدید علمی؛

ب - ارائه‌کننده تفسیر و تبیین جدید از یک نظریه؛

ج - ارائه‌کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛

د - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.

۵. نتیجه‌گیری: نتیجه‌یابانگر یافته‌های تفصیلی تحقیق است که به‌صورت گزاره‌های خبری موجز بیان می‌گردد. از ذکر بیان مسئله، جمع‌بندی، مباحث مقدماتی، بیان ساختار مباحث، ادله، مستندات، ذکر مثال یا مطالب استطرادی در این قسمت خودداری شود.
۶. فهرست منابع: اطلاعات کتاب‌شناختی کامل منابع و ماخذ تحقیق (اعم از فارسی، عربی، و لاتین) در انتهای مقاله براساس شیوه زیر آورده می‌شود:

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، نام کتاب، ترجمه یا تحقیق، نوبت چاپ، محل نشر، ناشر.

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

۷. آدرس دهی باید بین متنی باشد: (نام نویسنده، سال نشر، شماره جلد، شماره صفحه).

### ج. یادآوری

۱. حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.
۲. مجله حداکثر پس از چهار ماه از دریافت مقاله، نتیجه پذیرش یا عدم پذیرش را به نویسنده اطلاع خواهد داد.
۳. حق چاپ مقاله پس از پذیرش برای مجله محفوظ و امکان نقل مطالب در جای دیگر با ذکر نشانی نشریه بلامانع است.
۴. مطالب مقالات مبین آراء نویسندگان ان‌هاست و مسئولیت آن نیز بر عهده ان‌هاست.
۵. مقالات دریافتی، نرم‌افزارها، و... در صورت تأیید یا عدم تأیید بازگردانده نمی‌شود.



## فهرست مطالب

---

استنادپذیری هنجارهای برتر حقوقی در محاکم؛ با مطالعه موردی رویه دیوان عدالت اداری / ۷

محمد ابریشمی‌راد / کله حسین آئینه نگینی

راهبردهای فقه امامیه در تضمین حق حریم خصوصی شهروندان / ۲۵

امیرکشتگر / کله حسین جاویر

تأثیر شیوه انتصاب قضات بر استقلال دادگاه قانون اساسی آلمان / ۴۳

علی محمد فلاح زاده / کله مازیار خادمی

سلسله‌مراتب تعهدات دولت‌ها به موجب منشور سازمان ملل متحد... / ۵۷

کله سارا فاموری / حمید الهیری نظری

تعیین حدود و شمول به‌کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه از منظر حقوق بین‌الملل / ۷۳

کله رزیتا کهریزی / ابراهیم موسی‌زاده

بایسته‌های ساختاری قوه مقننه مطلوب در دولت اسلامی... / ۸۷

کله مصطفی مسعودیان / احمد تقی‌زاده

۸۸ / ABSTRACTS



## استنادپذیری هنجارهای برتر حقوقی در محاکم؛ با مطالعه موردی رویه دیوان عدالت اداری

abrishamirad@semnan.ac.ir

محمد ابریشمی‌راد / استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان

حسین آئینه‌نگینی / دکترای حقوق عمومی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۱۵ - پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۵

### چکیده

اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را موظف کرده است تا حکم هر دعوا را در وهله اول بر مبنای «قوانین مدونه» صادر نماید و در صورت عدم کفایت قوانین مدون، با استناد به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» حکم قضیه را تعیین کند. این پژوهش با انجام مطالعاتی توصیفی - تحلیلی، به بررسی مفهوم «قوانین مدونه» و تبیین مصادیق آن در نظام حقوقی ایران و به‌طور خاص در رویه دیوان عدالت اداری پرداخت. بنا بر یافته‌های این تحقیق، با فرض مفهوم موسع از اصطلاح «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و معادل دانستن این اصطلاح با «هنجار حقوقی مدون»، مراجع قضایی مکلف‌اند تا علاوه بر قوانین عادی، در رسیدگی خود، به هنجارهای حقوقی مافوق قوانین عادی نیز توجه و استناد کنند؛ چنان‌که بررسی رویه دیوان عدالت اداری نیز حاکی از آن بود که این نهاد در رویه خود، به هنجارهای مافوق قانون عادی، همچون «قانون اساسی»، «نظرات تفسیری شورای نگهبان»، «سیاست‌های کلی نظام»، «فرامین رهبری» و «مصوبات شورای عالی امنیت ملی» استناد کرده است.

کلیدواژه‌ها: دیوان عدالت اداری، قوانین مدونه، منبع استناد قاضی، هنجار حقوقی.

مستنبط از اصل ۱۷۱ قانون اساسی، آرای صادره توسط قضات، نتیجه فرایندی مرکب از سه مرحله شناخت موضوع، تشخیص حکم و تطبیق حکم بر موضوع است. بر این اساس، از جمله مقدمات لازم برای اجرایی شدن این فرایند، تشخیص و احصای منابعی است که قاضی در مرحله تشخیص حکم، صلاحیت رجوع به آنها را دارد. مبتنی بر این مقدمه، تعیین هنجارهای قابل استناد توسط قاضی به منظور کشف حکم دعوا (منابع صدور حکم)، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. اهمیت این موضوع موجب شده است تا قانون اساسی صراحتاً در این زمینه اقدام به تعیین ضابطه کند. در این خصوص، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر کرده است که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید؛ و نمی‌تواند به‌بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

همانگونه که از صراحت اصل ۱۶۷ قانون اساسی مشخص است، «قوانین مدون»، «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر»، به‌عنوان منابع قاضی در استخراج و استنباط حکم شناسایی شده‌اند. البته همان‌طور که حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، مبتنی بر منطوق و عبارت اصل یادشده، در رجوع قاضی به این منابع، بین «قوانین مدون» از یک سو و «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» از سوی دیگر، ترتب در نظر گرفته شده است (خسروی، ۱۳۹۷، ص ۲۶۴). لذا منبع اولیة استنباط حکم هر دعوا، «قوانین مدون» است و قاضی باید تلاش کند تا حتی المقدور حکم هر موضوع را در قوانین مدون بیابد و تنها در صورتی که قوانین در مورد موضوع مطروحه فاقد حکم باشند، برای کشف حکم دعوا به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر رجوع کند.

با مشخص شدن اهمیت «قوانین مدون» به‌عنوان اصلی‌ترین منبع قضات برای صدور حکم، این سؤال مطرح خواهد شد که منظور از اصطلاح «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی چیست؟ و این اصطلاح چه مصادیقی را شامل می‌شود؟ آیا این اصطلاح، تنها شامل قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است یا سایر هنجارهای الزام‌آور حقوقی که از نظر سلسله‌مراتب، بالاتر از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (مانند قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام، فرامین رهبری، نظرات تفسیری شورای نگهبان، مصوبات شورای عالی امنیت ملی و...) هم‌سطح با قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (مانند قوانین مصوب مجلس خبرگان یا مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی) یا حتی پایین‌تر از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (مانند مقررات و آیین‌نامه‌های دولتی) هستند را نیز شامل می‌شوند؟

بر مبنای ضرورت تبیین شده، این پژوهش بنا دارد تا در قالب مطالعاتی توصیفی-تحلیلی به بررسی امکان‌پذیر بودن یا نبودن استناد به هنجارهای برتر حقوقی - که از نظر سلسله‌مراتب هنجاری، بالاتر از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی محسوب می‌شوند - در فرایند دادرسی بپردازد؛ لذا روشن است که مقصود نویسندگان این مقاله از اصطلاح «هنجارهای برتر حقوقی»، آن دسته از هنجارهایی است که از سطح قانون عادی بالاترند و این‌گونه



به نظر می‌رسد که قوانین عادی نیز باید در چهارچوب آنها یا با رعایت مفاد آنها وضع شوند.

فرضیه نویسندگان آن است که با توجه به عام بودن اصطلاح «قوانین مدون» و اینکه در ادبیات حقوقی اصطلاح «قانون» در مفهوم عام آن شامل کلیه هنجارهای الزام‌آور حقوقی می‌شود، امکان استناد قضات دادگاه‌ها به کلیه هنجارهای برتر «مدون» وجود دارد.

در خصوص پیشینه این تحقیق، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که تا کنون در مقالات و کتب مختلف به بررسی استنادپذیر بودن برخی از هنجارهای برتر در دادگاه‌های دادگستری پرداخته شده و حتی در یکی از نشست‌های پژوهشگاه قوه قضائیه نیز موضوع استناد به قانون اساسی به صورت ویژه بررسی گردیده است، لکن با توجه به اهمیت این موضوع و عام بودن رویکرد نویسندگان این تحقیق در شناسایی هنجارهای برتر حقوقی، و از سوی دیگر، استدلال‌های متفاوت این مقاله نسبت به آثار موجود، ضرورت و نوآوری نگارش این مقاله قابل توجیه است.

مبتنی بر مقدمات یادشده، به منظور پاسخ به سؤال اصلی این تحقیق، پس از تبیین مفهوم اصطلاح «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی (بند ۱)، به بیان ادله اثبات‌کننده امکان استناد قضات به هنجارهای برتر حقوقی پرداخته خواهد شد (بند ۲)؛ در نهایت، با بررسی رویه دیوان عدالت اداری، نحوه اعمال این موضوع در رویه قضایی بررسی و تحلیل خواهد شد (بند ۳).

## ۱. مفهوم‌شناسی اصطلاح «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی

چنان که اشاره شد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی صراحتاً منابع صدور رأی توسط قضات دادگاه‌ها را «قوانین مدون»، «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» معرفی کرده است. در این میان، قوانین مدون به عنوان منبع اصلی و اولیه قضات جهت صدور رأی به‌شمار می‌آیند. با این مقدمه، تردیدی نیست که هر گونه استناد به هنجاری غیر از منابع ذکرشده، مغایر با قانون اساسی است؛ و از سوی دیگر، تنها در صورتی هنجارهای مختلف حقوقی قابل استناد در دادگاه‌ها هستند که بتوان آنها را به‌عنوان یک «قانون مدون» شناسایی کرد.

عبارت «قوانین مدون»، ترکیبی وصفی و مرکب از دو واژه «قوانین» و «مدون» است. مبتنی بر مقدمه ذکرشده، با بررسی مفهوم اصطلاح «قانون» در ادبیات حقوقی می‌توان دو تعریف «خاص یا شکلی» و «عام یا محتوایی» از قانون را بدین شرح شناسایی کرد:

قانون در مفهوم «خاص» به هر قاعده‌ای که مطابق با فرایند پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی به تصویب مرجع قانون‌گذار رسیده باشد، اطلاق می‌شود. لذا با توجه به اعمال قوه مقننه در ایران از دو طریق مستقیم (همه‌پرسی تقنینی، موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی) و غیرمستقیم (مجلس شورای اسلامی، موضوع اصل ۵۸ قانون اساسی)، عنوان قانون در مفهوم خاص، بر مصوبات حاصل از این دو طریق اطلاق می‌شود (واحدی، ۱۳۷۳، ص ۱۷۹). البته

با توجه به اینکه به موجب اصل ۱۰۸ قانون اساسی، مجلس خبرگان رهبری در زمینه تعیین تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان صلاحیت وضع قانون یافته است، این مرجع نیز در حوزه‌های یاد شده، قانون‌گذار محسوب می‌شود.

همسو با مفهوم ذکر شده از اصطلاح «قانون»، بررسی کاربرد قانون در اصول مختلف قانون اساسی گویای آن است که در بسیاری از اصول، در صورت فقدان مؤید یا قرینه‌ای خاص، اصطلاح «قانون» معرف قانون عادی است و این تلقی برگرفته از این موضوع است که در نظام حقوقی ایران، مجلس مرجع عام قانون‌گذاری شمرده شود (آئینہ نگینی، ۱۳۹۴، ص ۷). حمل واژگان بر مفاهیم عرفی و آشنا با اذهان در مقام تفسیر عبارات و اصطلاحات نیز می‌تواند مؤید چنین برداشتی از لفظ «قانون» باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۰۶) و معنای عرفی قانون در حقوق اساسی ایران را حمل بر قانون عادی نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰).

در این راستا، نظر شماره ۲۱۰ مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۵ شورای نگهبان پیرامون اصل ۱۳۸، اصطلاح «قوانین» مندرج در ذیل اصل یاد شده را قابل تسری به قانون اساسی ندانسته و در نتیجه، ریاست مجلس شورای اسلامی را فاقد مسئولیت تطبیق مصوبات دولت با قانون اساسی اعلام کرده است. افزون بر این نظر، بر اساس یک برداشت، مستفاد از اطلاق اصطلاح «اصول» در اصل ۱۶۶ قانون اساسی آن است که این اصطلاح مبین صلاحیت محاکم در استناد به قانون اساسی است؛ اما نظرات مختلف شورای نگهبان در مقام تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی، گویای آن است که از دیدگاه این نهاد، استناد به هنجارهای برتری همچون قانون اساسی در فرایند دادرسی امکان‌پذیر نیست. برای نمونه، وقتی مجلس در بند «۱» ماده (۱۲) مصوبه مربوط به لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱، «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با شرع یا قانون، اعم از اساسی و عادی» را در صلاحیت هیئت عمومی دانست، شورای نگهبان به موجب بند «۴» نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۳۲۱۳ مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵، تعمیم قانون به قانون اساسی را مغایر اصل ۱۷۰ قانون اساسی اعلام کرد. افزون بر این، ماده (۳) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)، مصوب ۱۳۷۹، که به صراحت واژه «اصول» مندرج در اصل ۱۶۶ قانون اساسی را محدود به «اصول حقوقی» دانسته و در واقع، «اصول قانون اساسی» را از شمول این واژه مستثنا کرده و بدون ایراد شورای نگهبان تأیید شده است.

فارغ از رویه شورای نگهبان در این خصوص، امکان‌پذیر دانستن یا ندانستن استناد به «قانون اساسی» در محاکم، از این جهت اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند که قانون اساسی ایران از نظر شکلی، همه ویژگی‌های «قوانین مدون» را دارد. توضیح آنکه: اولاً مرجع واضع آن، قوه مؤسس است؛ ثانیاً عنوان این سند «قانون» است؛ ثالثاً شکل آن «مدون» است. بنابراین، اگر مبتنی بر رویکردهای ذکر شده، استناد به قانون اساسی در دادرسی امکان‌پذیر نباشد، به طریق اولی

سایر هنجارهای برتر حقوقی در ایران نیز قابل استناد در دادرسی نخواهند بود. این در حالی است که رویکرد تفسیری شورای نگهبان، همواره از امکان تسری عنوان «قوانین مدون» به «قانون اساسی» جلوگیری کرده است.

در مقابل، مفهوم مضیق و خاص از اصطلاح «قوانین»، که مبتنی بر سازوکار تصویب متن قانون ارائه شده بود، در تعریف اصطلاح «قانون» در مفهوم عام، به ویژگی‌های ماهوی قانون (اعم از دائمی بودن، الزام‌آوری و عام بودن) توجه بر آن تأکید می‌شود. بر این اساس، در این تعریف اصطلاح «قانون» به معیارها و ضوابط ثابتی اطلاق می‌شود که برای همگان حق و تکلیف ایجاد می‌کند و افراد و اجتماعات روابط خود را بر اساس آن تنظیم می‌کنند (اباذری فومشی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۳۷۵). به بیان دیگر، در تعریف ماهوی، «قانون» قاعده‌ای است که توسط یک قدرت عمومی وضع می‌شود و مدلول آن الزام یا اذن و اباحه است و همه افراد باید از آن پیروی کنند و اعتبار آن، بسته به ضمانت اجرای آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۹۴ - ۹۵). تعبیر دیگر در این زمینه آن است که «آن بخش از اراده حکومت که عمومی و دائمی است، قانون نامیده می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۳). در تعریف دیگر، «قانون» به «مجموعه احکام و گزاره‌هایی الزام‌آور که به منظور تنظیم حیات اجتماعی انسان وضع گردیده» اطلاق می‌شود (سجادی، ۱۳۹۲، ص ۵۷). بر مبنای این رویکرد، وقتی از «قانون» به عنوان منبع حقوقی در برابر «عرف» استفاده می‌شود، تمام مقرراتی را که از طرف یکی از سازمان‌های صالح دولتی وضع شده‌اند، شامل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰). لذا در مفهوم عام، معادل با «هر نوع قاعده حقوقی» دانستن مفهوم عام قانون، تعبیر دقیقی برای این اصطلاح است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، ص ۱۹). مبتنی بر مفهوم عام، فقط نباید قوانین عادی را در شمول عنوان قانون دانست؛ بلکه اصطلاح قانون در این تعریف، هرگونه ضابطه عامی را هم که از سوی یک مقام عمومی در پایین‌ترین سلسله‌مراتب اداری وضع می‌شود، شامل می‌گردد (وکیلان، ۱۳۹۷، ص ۶۰).

با مشخص شدن مفهوم عام «قانون»، اشاره به این نکته لازم است که در این تعریف، لزوماً عنوان قاعده حقوقی، «قانون» نیست و همان‌گونه که برخی قانون را شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۲۸۴۶)، ممکن است عناوین دیگری همچون فرمان، نظر یا موارد دیگر نیز از نظر اعتبار، قانون محسوب شوند. بر این اساس، قانون می‌تواند هرگونه هنجار حقوقی الزام‌آور برتر یا مادون قانون عادی را نیز شامل شود. با این مقدمه، علاوه بر قانون اساسی که از نظر شکلی نیز می‌توان آن را به معنای واقعی کلمه «قانون» محسوب کرد، هنجارهایی همچون «احکام حکومتی مقام رهبری» (موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی)، «سیاست‌های کلی نظام» (موضوع بند ۱ اصل ۱۱۰)، «نظرات مقام رهبری در راستای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا» (موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰)، «نظرات و قوانین ناشی از اعمال اقتدار مقام رهبری در راستای حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیستند» (موضوع بند ۸ اصل ۱۱۰)، «نظرات تفسیری شورای نگهبان» (موضوع اصل ۹۸)، «مصوبات شورای عالی امنیت ملی» (موضوع اصل ۱۷۶) و نظایر آنها که در سلسله‌مراتب

هنجاری ایران در سطح بالاتری از قوانین عادی جای می‌گیرند و علی‌الاصول قانون عادی نیز نباید مغایر با این هنجارها وضع شود، قانون محسوب می‌شوند. بر همین مبنا، در برخی از آثار حقوقی، استفاده از اصطلاح «قوانین» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و برخی دیگر از اصول قانون اساسی، همچون بند «۱۴» اصل ۳، اصل ۲۰، اصل ۷۳، اصول ۱۰۷، ۱۵۶، ۱۶۶ و ۱۶۷، در معنای عام و محیط بر همه هنجارهای حقوقی فرض شده است (آئینه‌نگینی، ۱۳۹۴، ص ۱۳) که این برداشت، با اقتضات حقوقی حاکم بر نظام حقوقی ایران همخوانی بیشتری دارد.

در پایان، اشاره به این نکته لازم است که با فرض مفهوم عام از اصطلاح «قوانین» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز باید پذیرفت که به موجب صراحت اصل مزبور، تنها آن دسته از قوانین که واجد وصف «مدون» بودن، قابلیت استناد توسط قضات را خواهند داشت و اگر هنجاری حقوقی فاقد این وصف باشد، علی‌الاصول امکان استناد به آن وجود ندارد. در این زمینه، اجمالاً باید گفت که در اصطلاح‌شناسی حقوقی، عبارت «مدونه قوانین» معادل با «مجموعه قوانین» یا «کتابچه قانون» دانسته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۳۲۹۲). به دیگر سخن، «قوانین مدون» به آن گروه هنجارهایی اطلاق می‌شود که منطبق بر اصول و قواعد مجری در نظام حقوقی و از سوی مقام و نهاد ذی‌صلاح وضع شده و برای عملیاتی شدن در عرصه اجرا به مخاطبین ابلاغ شده باشد (اداره کل فرهنگ و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۵۸۳). در فلسفه استفاده از این واژه، به نظر می‌رسد که این اصطلاح در مقابل هنجارهای غیرمدون حقوقی در نظام ایران، همچون منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر - که در قالب یک مجموعه تدوین‌پذیر نیستند - دانسته شده است.

## ۲. ادله اثبات‌کننده استنادپذیر بودن هنجارهای برتر توسط قضات

بنا بر مطالب ذکرشده در بند قبل، تردیدی نیست که رویکرد نظام قانون‌گذاری کشور و به‌خصوص شورای نگهبان، متمایل به پذیرش مفهوم خاص و مضیق از «قانون» به‌عنوان منبع استنادی قضات در فرایند دادرسی است. این در حالی است که مبتنی بر روش‌های تفسیری مختلف، شاید بتوان تلقی مفهوم عام از اصطلاح «قانون» و استنادپذیر بودن هنجارهای برتر حقوقی توسط قضات را با اقتضات حقوقی کشور همخوان‌تر دانست. با این مقدمه، در ادامه تلاش خواهد شد تا مبتنی بر سه رویکرد تفسیری «لفظ‌گرایانه»، «قصد‌گرایانه» و «غایت‌گرایانه»، به تحلیل اصطلاح «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی بپردازیم.

### ۲-۱. رویکرد تفسیری «لفظ‌گرایانه»

مبتنی بر رویکرد تفسیری لفظ‌گرایانه، «هرگاه مدلول قانون روشن باشد، مفسر نباید برای یافتن روح قانون در الفاظ کنکاش کند» (خلف‌رضایی و منصوریان، ۱۳۹۳، ص ۷ - ۸). بر این اساس، با توجه به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی،

که قاضی مکلف کرده است حکم هر دعوا را در «قوانین مدونه» بیابد، تردیدی نیست که هر هنجار حقوقی که صدق عنوان «قانون» بر آن بشود و وصف «مدون بودن» را نیز دارا باشد، قابلیت استناد توسط قاضی را خواهد داشت. مبتنی بر این مقدمه، ظهور اصل ۱۶۷ قانون اساسی حاکی از امکان‌پذیر بودن استناد به قانون اساسی به‌عنوان یک قانون مدون، در فرایند دادرسی است. بنابراین، طرح هرگونه ادعا مبنی بر منصرف بودن «قانون اساسی» از اطلاق اصطلاح «قوانین»، نیازمند بیان قرینه و دلیل موجه در این زمینه است. در این راستا، برخی حقوق‌دانان معتقدند که با توجه به عام بودن اصطلاح «قوانین» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قضات دادگاه‌ها همان‌گونه که در مقام دادرسی می‌توانند قانون عادی را مستند آرای خود قرار دهند، این صلاحیت را دارند که بر مبنای هنجارهای لازم‌الاجرای دیگر، از جمله قانون اساسی، اقدام به صدور رأی کنند (مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲، ص ۱۵).  
بنابراین، مبتنی بر رویکرد تفسیری لفظ‌گرایانه، هرچند نمی‌توان امکان استناد به مطلق هنجارهای حقوقی در فرایند دادرسی را اثبات کرد، امکان استناد به «قانون اساسی» از این رویکرد تفسیری نیز به‌دست می‌آید. این نتیجه را می‌توان از ظاهر بند ۴ ماده ۲۹۶ و بند ۳ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز به‌دست آورد.

## ۲-۲. رویکرد تفسیری «قصدگرایانه»

رویکرد تفسیری قصدگرایانه به‌دنبال کشف نیت و هدف مؤلف یا قانون‌گذار است. مبتنی بر این رویکرد، به‌منظور تبیین مفهوم «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی بایستی به کشف مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی در زمان بررسی اصل یاد شده پرداخت.

در این راستا، با عطف توجه به فرایند تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان گفت که کاربرد اصطلاح «قوانین مدون» در اصل یاد شده بدین جهت بوده است که این منبع حقوقی در مقابل منابع غیرمدون حقوق، همچون «عرف»، «عادت» و «قواعد شرعی»، قرار گیرد و نسبت به آنها اولویت داشته باشد. به‌منظور اثبات این ادعا، علاوه بر قرینه «مدون» در اصل یاد شده (جهت مشاهده این مطلب، رک: راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ۲۵۷)، توجه به متن اصول ۱۳۱ و ۱۳۶ پیش‌نویس اولیه قانون اساسی مفید خواهد بود. به‌موجب اصل ۱۳۱ پیش‌نویس مزبور، این‌گونه مقرر شده بود: «دادگاه‌ها باید حکم هر دعوا را با توجه به قوانین و سایر منابع حقوق اعلام کنند...» (راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ص ۱۸). همچنین اصل ۱۳۶ پیش‌نویس مزبور مقرر کرده بود: «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد، حکم قضیه را صادر کند» (راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران، ۱۳۶۸، ص ۱۹). آنچه از مشروح مذاکرات اصل ۱۶۷ به دست می‌آید نیز مؤید این است که آنچه در تدوین اصل یاد شده واجد اهمیت اصلی بوده، پیش‌بینی تکلیف اولیه قضات در استناد به قوانین مدون، و شناسایی امکان‌پذیر بودن استناد به منابع شرعی در صورت فقدان قانون مدون بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۶۵۱). بنابراین، اساساً تدوین‌کنندگان قانون اساسی نفیاً یا اثباتاً در مقام معرفی مصادیق «قوانین مدون» نبوده‌اند و آنچه مدنظر آنها بوده، این نکته بوده است که حتی الامقدور قضات از استناد به منابع غیرمدون حقوق خودداری کنند.

با پذیرش مبنای ذکرشده، تردیدی نیست که بخش قابل توجهی از هنجارهای حقوقی مدون قابل استناد در نظام حقوقی ایران، که عنوان قانون نیز بر آنها صدق نمی‌کند، می‌تواند قاضی را از استناد به منابع غیرمدون حقوق بی‌نیاز کند که تحقق چنین مقصودی منوط به آن است که اصطلاح «قوانین مدون» در معنای عام و به معنای «هنجارهای حقوقی مدون» تعبیر شود. بنابراین، شمول عنوان «قوانین مدون» بر این دسته از هنجارها، در راستای مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی در جریان تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی است.

### ۳-۲. رویکرد تفسیری «غایت‌گرایانه»

با پذیرش اینکه هر یک از هنجارهای برتر حاکم در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به منظور تحقق اهداف خاصی وضع شده‌اند و تحقق این هنجارها منوط به رعایت و اعمال آنها توسط مجریان آن هنجارهاست، تردیدی نیست که قضات دادگاه‌ها به عنوان مجریان قوانین در دادگاه‌ها مکلف‌اند تا در جریان دادرسی تلاش کنند که این هنجارها را مورد توجه، و در صورت لزوم، مورد استناد قرار دهند. افزون‌براین، تأکید قانون‌گذار اساسی بر وصف «مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی حاکی از آن است که غایت این اصل، حتی‌الامکان ممانعت از تشتت در آرا و نظرات قضایی و صدور رأی بر اساس منابع مشخص بوده است. بر این اساس، با توجه به اینکه هنجارهای برتر موضوع این مقاله بر اساس روندی قانونی تهیه و تصویب، و در نهایت ابلاغ شده‌اند، جواز استناد قاضی به این هنجارها در فرایند دادرسی می‌تواند از جمله ابزارها و لوازم تحقق غایت اصل ۱۶۷ قانون اساسی باشد.

در این راستا، قضات به دو صورت مستقیم یا غیرمستقیم به شرح زیر می‌توانند جهت اجرا و رعایت هنجارهای برتر حقوقی اقدام کنند:

**اجرای مستقیم هنجارهای برتر توسط قضات:** استناد مستقیم قضات به قانون اساسی یا سایر هنجارهای برتر، یکی از راه‌هایی است که قضات می‌توانند به وسیله آن در جهت اجرا و صیانت از هنجارهای برتر حقوقی حرکت کنند. در این صورت، حتی ممکن است حکم قانون عادی، به استناد حکم معارض در هنجار بالادستی، همچون قانون اساسی، نادیده گرفته شود یا نسخ‌شده تلقی گردد. توضیح آنکه، اگر بپذیریم امکان نسخ قانون مقدم به موجب قانون برتر یا

حداقل هم‌سطح مؤخر وجود دارد (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، ص ۶۹) و بر این اساس ممکن است قانون اساسی هم قانون عادی مقدم را نسخ کرده باشد و با فرض اینکه در صورت نبود تصریح قانونی، علی‌الاصول تشخیص ناسخ و منسوخ با قاضی است، بنابراین قاضی باید بتواند به استناد حکم هنجار بالادستی مؤخر، قانون عادی را کنار بگذارد و به صدور رأی بر طبق هنجار مؤخر اقدام کند. برای نمونه، بر طبق اصل ۴۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸، سلب تابعیت از تابعان اکتسابی، تنها در دو فرض پذیرش تابعیت آنها توسط دولت دیگر یا درخواست خود آنها ممکن دانسته شده است. این در حالی است که بر طبق ماده ۹۸۱ قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۴، امکان سلب تابعیت از این اشخاص به جهاتی همچون «ارتکاب عملیاتی بر ضد امنیت داخلی و خارجی مملکت ایران و مخالفت و ضدیت با اساس حکومت ملی و آزادی» فراهم شده بود که این ماده تا سال ۱۳۷۰ به صورت صریح نسخ نشده بود. با این مقدمه، اگر امکان استناد قاضی به قانون اساسی وجود نداشته باشد، برخلاف اراده مؤخر قانون‌گذار اساسی، امکان سلب تابعیت تابعان اکتسابی تا سال ۱۳۷۰ برخلاف قانون اساسی وجود داشته است؛ حال آنکه صالح دانستن قاضی جهت استناد به قانون اساسی، موجب اجرای اراده نهایی حاکم بر نظام حقوقی می‌شود.

**اجرا و مراعات غیرمستقیم هنجارهای برتر توسط قضات:** علاوه بر طریق یادشده، قضات ممکن است به صورت غیرمستقیم در جهت رعایت یا اجرای هنجارهای برتر حقوقی گام بردارند. در این زمینه، ممکن است حکم دعوا در قانون عادی مشخص باشد؛ اما قاضی با عطف توجه به احکام بالادستی در قانون اساسی یا سایر هنجارهای برتر، از طریق تفسیر قضایی اقدام به ارائه تفسیری خاص از آن قانون کند که تفسیر از آن ماده قانونی را هم جهت با آن هنجار برتر قرار دهد. برای نمونه، با پذیرش این مطلب که قانون عادی علی‌الاصول در چهارچوب قانون اساسی به تصویب رسید و نظارت شورای نگهبان بر مصوبه مجلس نیز به منظور رعایت قانون اساسی بوده است، اگر تفسیر خاصی از قانون عادی در تعارض با تفسیر رسمی شورای نگهبان از قانون اساسی (به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی) باشد، علی‌الاصول قاضی باید آن قانون را به گونه‌ای تفسیر و اعمال کند که همسو با نظر تفسیری شورای نگهبان باشد. چنین رویه‌ای می‌تواند به رعایت هرچه بهتر سلسله‌مراتب هنجاری در نظام حقوقی کشور کمک کند. افزون بر این، از جمله اصول بنیادین حاکم بر تفسیر قوانین عادی، توجه به اصول و مفاد قانون اساسی است. بر این اساس، هرگاه متون قوانین عادی واجد مفاهیم و تفاسیر مختلفی باشند، قاضی باید در مقام تمیز حق، تفسیری را مبنای صدور رأی خود قرار دهد که با مفاد قانون اساسی هماهنگی بیشتری داشته و با ارائه و اجرای آن تفسیر، در واقع مفاد قانون اساسی حراست می‌گردد.

در تأیید رویکرد ذکرشده و از باب اخذ وحدت ملاک از رویه شورای نگهبان، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که شورای نگهبان نیز با اینکه مکلف به تطبیق مصوبات مجلس با کلیه هنجارهای برتر حقوقی نیست، در مقام تطبیق مصوبات مجلس با «قانون اساسی»، عملاً به تطبیق مصوبات مجلس با همه هنجارهای برتر حقوقی،

همچون «اصول قانون اساسی»، «احکام حکومتی مقام رهبری»، «سیاست‌های کلی نظام»، «نظرات مقام رهبری در راستای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا»، «نظرات و قوانین ناشی از اعمال اقتدار مقام رهبری در راستای حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیستند»، «نظرات تفسیری شورای نگهبان» و نظایر اینها اقدام می‌کند. این رویکرد شورای نگهبان در راستای صیانت از سلسله‌مراتب هنجاری در نظام حقوقی ایران است و لازم است تا قضات دادگاه‌ها نیز در مرتبه‌ای پایین‌تر، به رعایت این موضوع ملتزم باشند.

افزون‌براین، رویهٔ مقررات‌گذاری ایران نیز دلیلی بر لزوم پذیرش صلاحیت محاکم در استناد به قانون اساسی است. توضیح اینکه برخی آیین‌نامه‌ها و نظامات دولتی، مستقیماً مبین و شارح اصول قانون اساسی‌اند؛ به صورتی که می‌توان بر آنها عنوان آیین‌نامهٔ اجرایی اصول قانون اساسی اطلاق کرد. بنابراین غیرقابل استناد دانستن قانون اساسی در بررسی این مصوبات توسط محاکم، غیر منطقی و فاقد وجهت قانونی است؛ چراکه مهم‌ترین معیار بررسی این متون، اصولی از قانون اساسی است که در قالب این مقررات تشریح شده‌اند.

بررسی نظام حقوقی کشورهای دیگر نیز مؤید آن است که معمولاً در الگوهای نظارت قضایی بر مقررات دولتی، نظارت بر قانونیت مقررات دولتی، شامل نظارت بر انطباق آنها با قانون اساسی نیز می‌شود (سینگ، ۲۰۱۳، ص ۶۶). برای مثال، در کشوری همچون فرانسه که به‌منظور انطباق قوانین با قانون اساسی، شورای قانون اساسی تشکیل شده است، در عمل کنترل مسائل اداری از جهت مطابقت با قانون اساسی، توسط شورای دولتی و دیوان کشور فرانسه صورت می‌گیرد (ری اس رنو، ۱۳۸۸، ص ۱۳۹).

### ۳. بررسی رویهٔ دیوان عدالت اداری در استناد به هنجارهای برتر حقوقی

با اثبات این مطلب که مبتنی بر رویکردهای تفسیری مختلف، قضات دادگاه‌ها در فرایند دادرسی باید به هنجارهای برتر حقوقی استناد کنند، بررسی رویهٔ دیوان عدالت اداری می‌تواند روشنگر تفسیر مورد پذیرش بخشی از نظام حقوقی کشور در این زمینه باشد. با این مقدمه، در ادامه به بررسی رویهٔ دیوان عدالت اداری پرداخته خواهد شد و تلاش می‌شود تا آن دسته از هنجارهای برتر حقوقی که در رویهٔ دیوان مورد استناد قرار گرفته‌اند، شناسایی، معرفی و تحلیل شوند.

#### ۳-۱. استناد به قانون اساسی

امکان‌پذیر بودن استناد به قانون اساسی در فرایند دادرسی، در اصل ۱۴۵ اولین پیش‌نویس قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته بود. در این اصل مقرر شده بود که «دادرس، مأمور اجرای قوانین، اعم از اساسی و عادی است...». (ورعی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷۲). البته با توجه به عدم تصریح متن نهایی قانون اساسی به این موضوع، این ابهام همواره وجود داشته است که آیا دادرسان در فرایند دادرسی می‌توانند به قانون اساسی استناد کنند یا خیر؟



در مقام پاسخ به این سؤال، با پذیرش این مطلب که اصل ۱۶۷ قانون اساسی ظرفیت استناد به «قوانین مدون» را برای قضات فراهم کرده است، می‌توان ادعا کرد که مبتنی بر اطلاق و عموم این عبارت، از منظر قانون اساسی قطعاً استناد به «قانون اساسی» - که قانون مصوب مجلس مؤسسان محسوب می‌شود و ویژگی «مدون بودن» را نیز دارد - امکان پذیر است. بر این اساس می‌توان «قانون اساسی» را مهم‌ترین هنجار برتر حقوقی در نظام حقوقی کشور معرفی کرد که بدون نیاز به طرح استدلالی خاص، امکان استناد به آن از ظاهر اصل ۱۶۷ قانون اساسی به دست می‌آید؛ چنان که تفسیر عام از اصطلاح «اصولی» در اصل ۱۶۶ قانون اساسی نیز مؤید صلاحیت دادرسان در استناد به قانون اساسی است.

در این زمینه، هرچند شورای نگهبان به موجب نظرات مختلف همواره تلاش داشته است تا استناد به قانون اساسی را خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری معرفی کند، اما بررسی رویه دیوان گویای آن است که این مرجع در راستای ایفای صلاحیت خود، همواره به این هنجار برتر حقوقی امان نظر و توجه داشته و در آرای متعدد خود - که در ادامه تنها به دو مورد از آنها اشاره خواهد شد - به قانون اساسی استناد کرده است.

نکته مهم در این زمینه آن است که در بند «ت» ماده (۸۰) قانون فعلی دیوان، «دلایل و جهات اعتراض از حیث مغایرت مصوبه با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین»، به‌عنوان یکی از مفاد درخواست ابطال مصوبات در هیئت عمومی دانسته شد و از این طریق، عملاً ظرفیت قانونی جهت استناد به اصول قانون اساسی در آن مرجع فراهم شده است.

بررسی رویه دیوان عدالت اداری نیز حاکی از آن است که این محکمه در صدور آراء، به اصول قانون اساسی نیز استناد می‌کند. از باب نمونه، در دادنامه شماره ۵۵۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۴، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر داشته است: «با توجه به مدلول اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران را به قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه تحت نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت تفکیک نموده است و بر استقلال این قوا از یکدیگر تأکید دارد و با عنایت به اینکه اعمال قوه قضائیه به موجب اصل ۶۱ قانون اساسی به وسیله دادگاه‌های دادگستری انجام می‌گیرد»، مفاد ماده ۲۲ آیین‌نامه مورد شکایت، مبنی بر تعیین تکلیف برای محاکم قضایی به رسیدگی خارج از نوبت به پرونده‌های مربوط به تخلفات موضوع آیین‌نامه یاد شده، خارج از حدود اختیارات و خلاف قانون تشخیص داده شد.

علاوه بر این، در بند «ب» دادنامه شماره ۱۶۲۷ الی ۱۶۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۷، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با طرح استدلال‌هایی همچون: «با توجه به اینکه به موجب بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی، از جمله وظایفی است که دولت برای تحقق آن باید همه امکانات خود را به کار برد و اصل ۲۸ قانون اساسی نیز مقرر داشته: "دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل

ایجاد نماید" و اعطای امتیاز و اولویت استخدامی برای اشخاص بومی در هیچ یک از قوانین کشور لحاظ نشده است و...»، مقررۀ موضوع شکایت، مغایر با قانون و خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده تشخیص داده شد.

## ۳-۲. استناد به نظرات تفسیری شورای نگهبان

شورای نگهبان به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی می‌تواند با تصویب سه‌چهارم اعضای خود، به تفسیر قانون اساسی بپردازد. این تفاسیر، از نظر جایگاه در نظام حقوقی ایران از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند و تا زمانی که به واسطه نظر تفسیری دیگر شورا یا یک هنجار بالاتر نسخ نشوند، در حکم قانون اساسی است و هنجارهای پایین‌تر، همچون قانون عادی، نمی‌توانند مغایر با این نظرات وضع شوند. با توجه به جایگاه و اهمیت تفاسیر قانون اساسی در سلسله‌مراتب هنجاری نظام حقوقی ایران، تردیدی نیست که هنجارهای حقوقی مادون باید در چهارچوب این هنجار حقوقی باشند.

مبتنی بر این مقدمه، دیوان عدالت اداری نیز در آرای مختلفی به این تفاسیر استناد کرده است. برای نمونه، در بند «ب» دادنامه ۱۳۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این‌گونه مقرر شده است:

از آنجا که ... به موجب اصل ۱۶۰ قانون اساسی، وظایف وزارت دادگستری محدود به تنظیم روابط بین قوای مقننه، مجریه و قضائیه گردیده و در نظریه [تفسیری] شماره ۹۰۷۵-۱۶/۴/۱۳۶۲ شورای نگهبان نیز مقرر گردیده: «وزیر دادگستری در حدود وظایفی که در اصل ۱۶۰ قانون اساسی برای او مقرر شده، مسئول می‌باشد؛ و علی‌هذا در رابطه با مسئولیت قوه قضائیه، وزیر دادگستری مسئول نخواهد بود...» با توجه به مراتب فوق، مصوبه یادشده تزامم و تعارض آشکار با قوانین و اصول قانون اساسی دارد و...

افزون‌براین، هیئت عمومی دیوان به موجب دادنامه شماره ۱۶۰ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۲ مقرر کرد:

نظر به اینکه شورای نگهبان... بنا به استفساریه ریاست محترم قوه قضائیه به شرح نظریه [تفسیری] شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱، حکم مقرر در اصل ۱۷۰ قانون فوق‌الاشعار در باب رسیدگی به اعتراض اشخاص نسبت به مقررات دولتی را منحصرأ ناظر به مصوبات قوه مجریه تفسیر نموده‌اند، بنابراین بخشنامه... سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که در زمره سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه قرار دارد و از اجزای قوه مجریه محسوب نمی‌شود، قابل اعتراض و رسیدگی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیست و...

در پایان این جزء، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که برخلاف نظرات تفسیری شورای نگهبان، که به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی در نظام حقوقی کشور دارای جایگاه مشخصی است و استناد به آنها موجه است، نظرات مشورتی و همچنین نظرات شورای نگهبان در مقام تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی یا موازین شرع نمی‌توانند مستقلاً مستند قاضی قرار گیرند؛ هرچند در مقام تفسیر قانون مورد استناد شاک و تبیین حوزه شمول آن قانون، امکان استفاده از این نظرات وجود دارد.

### ۳-۳. استناد به سیاست‌های کلی نظام

به‌موجب بند «۱» اصل ۱۱۰ قانون اساسی، «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام»، در صلاحیت مقام رهبری دانسته شده است. با بررسی «مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد سیاست‌های کلی»، مصوب ۱۳/۱۰/۱۳۷۶، این مطلب به‌دست می‌آید که «سیاست‌های کلی» علی‌الاصول از طریق مجموعه تدبیرها و سیاست‌های اجرایی، که «توسط قوای مختلف کشور و دستگاه‌های اجرایی به‌موجب و بر اساس مقررات قانونی تدوین می‌شوند»، محقق خواهند شد و بر این اساس، طبیعی است که با توجه به جایگاه مقام رهبری به‌عنوان ناظر بر قوای سه‌گانه (برگرفته از اصل ۵۷ قانون اساسی) و نقش سیاست‌های کلی نظام در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی ایران، رعایت ضوابط و اصول مقرر در سیاست‌های کلی برای قوای مختلف مفروض باشد و همه قوا و دستگاه‌های اجرایی مکلف باشند تا در ایفای صلاحیت‌های خود، بر رعایت این سیاست‌ها مراقبت کنند. از سوی دیگر، با توجه به برخی از ویژگی‌های سیاست‌های کلی، مانند اینکه: «در مقایسه با بیان‌های آرمانی، جنبه تفصیلی و تشریحی‌شان بیشتر باشد»، «در مقام تعیین اولویت‌ها، راهنمای عملی و معیار "باید و نباید" های تعیین اولویت‌ها را عرضه کنند» و «اصول کلی تخصیص و توزیع منابع و امکانات کشور را با توجه به اولویت‌ها بیان نمایند»، تردیدی نیست که سیاست‌های کلی نظام، اولاً بخشی از هنجارهای حقوقی حاکم بر نظام حقوقی ایران را تشکیل می‌دهند و از نظر سلسله‌مراتب هنجاری نیز این سیاست‌ها در ذیل قانون اساسی و فراتر از قانون عادی و مقررات دولتی محسوب می‌شوند؛ ثانیاً تحقق کامل این سیاست‌ها نیازمند نظارت همه‌جانبه بر تصمیمات و اقدامات همه قوا و دستگاه‌های اجرایی است.

البته در خصوص نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام، ممکن است گفته شود: با توجه به اینکه به‌موجب بند «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی، «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» در صلاحیت مقام رهبری قرار گرفته است، هیچ یک از مراجع نظارتی غیرمأذون ناظر بر قوانین و مقررات، صلاحیت تطبیق تصمیمات و اقدامات با سیاست‌های کلی نظام را ندارند. در مقام رفع این شبهه، با عطف توجه به نامه مقام معظم رهبری در پاسخ به استعلام دبیر شورای نگهبان، به‌شماره ۱/۲۵۷۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۸، که اظهار نظر آن شورا درباره مغایرت و عدم انطباق مصوبات با سیاست‌ها را «وظیفه ذاتی» شورای نگهبان معرفی کرده‌اند و تنها در مواردی که مجمع تشخیص مصلحت نظام مغایرت یا عدم انطباق مصوبه‌ای را به آن شورا اعلام کرده باشد، شورا را موظف نموده تا بر اساس نظر مجمع اقدام کند و مخالفت آن مصوبه را اعلام نماید، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که مقام رهبری نیز به قرار داشتن سیاست‌های کلی در سلسله‌مراتب هنجاری جمهوری اسلامی ایران اعتقاد دارند و از این جهت، صیانت از هنجار یاد شده را «وظیفه ذاتی» مراجع نظارتی، همچون شورای نگهبان، دانسته‌اند.

با تنقیح مناط از نظر مذکور و تسری ملاک آن به نظارت دیوان عدالت اداری، به‌ویژه در زمینه نظارت بر انطباق

مقررات دولتی با هنجارهای بالادستی، قطعاً دیوان عدالت اداری نیز در زمینه نظارت بر رعایت سیاست‌های کلی، واجد صلاحیت است. در تأیید نظر مذکور، اشاره به این نکته لازم است که اگرچه برخی حقوق دانان معتقدند که سیاست‌ها «بیشتر هدف و آرمان هستند تا قاعده‌های حقوقی با حد و حصر مشخص و با امر و نهی معین و منجز»، و این هنجارها «عموماً حاوی امر و نهی منجز و مشخص نیستند» (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۷۱)، اما چنان‌که در عمل مشاهده می‌شود، این سیاست‌ها بعضاً واجد احکامی جزئی، معین و الزام‌آورند که اقتضای رعایت سلسله‌مراتب هنجاری، آن است که قضات دادگاه‌ها نیز بر انطباق و عدم مغایرت هنجارهای پایین‌تر با هنجار بالاتر نظارت کنند.

همسو با این رویکرد، بررسی رویه دیوان عدالت اداری نیز مثبت امکان استناد آن دیوان به سیاست‌های کلی نظام می‌باشد و این مطلب مؤید آن است که بر طبق رویه موجود، دیوان امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام را دارد. برای نمونه، در دادنامه شماره ۴۵۱ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳ هیئت عمومی دیوان، مقرر شده است:

بهموجب بند ۱۳ از سیاست‌های کلی قضایی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، که در سال ۱۳۸۱ به تأیید مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) رسیده است، تعیین ضوابط اسلامی برای کلیه امور قضایی، از جمله کارشناسی و نظارت مستمر و پیگیری بر حسن اجرای، آن به‌عهدۀ قوه قضائیه محول شده است. نظر به اینکه آیین‌نامه... در مقام تعیین ضوابط اسلامی برای امور کارشناسی نبوده است، بنابراین مغایر بند ۱۳ از سیاست‌های کلی قضایی تشخیص داده نشد و قابل ابطال به‌نظر نمی‌رسد.

جالب آنکه، حتی فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان و به‌استناد موازین شرعی تلاش داشته‌اند تا از رعایت سیاست‌های کلی نظام اطمینان حاصل کنند؛ که البته با شناسایی سیاست‌ها به‌عنوان یکی از هنجارهای حقوقی و از مصادیق «قوانین مدون» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قطعاً بایستی دیوان عدالت اداری را جهت نظارت بر این هنجار، صالح دانست. توضیح آنکه، بر طبق دادنامه شماره ۸۸۲ مورخ ۱۳۹۶/۹/۱۴ هیئت عمومی دیوان، فقهای شورای نگهبان برخی از نامه‌های سازمان خصوصی‌سازی را به‌دلیل مغایرت با بخش‌هایی از سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مغایر با موازین شرع اعلام کرده و به‌پیروی از نظر یاد شده، هیئت عمومی دیوان آن موارد را ابطال کرده است.

#### ۳-۴. استناد به فرامین مقام رهبری

برخی حقوق دانان با عطف توجه به مفهوم «ولایت مطلقه» در اصل ۵۷، صلاحیت‌های ولی‌فقیه را منحصر به موارد مصرح در قانون اساسی ندانسته‌اند و معتقدند که صلاحیت‌های مصرح رهبری جنبه تمثیلی دارند (ارسطا، ۱۳۸۹، ص ۵۷-۶۵). بر مبنای این رویکرد، اساساً ذکر قید «مطلقه» در جریان بازنگری در قانون اساسی، به‌منظور رفع معنای حصر از صلاحیت‌های مقرر در اصل ۱۱۰ بوده است (عمیدزنجانی، ۱۳۸۵، ص ۶۶۴-۶۶۵) و موارد مصرح، تنها نمونه‌هایی از اختیارات ولی‌فقیه هستند. بر اساس این رویکرد، مسئولیت اصلی اجرای احکام الهی در جامعه بر عهده ولی‌فقیه است (جوادی‌آملی، ۱۳۹۱، ص ۲۴۴) و ایشان به‌منظور تأمین مصالح جامعه، صلاحیت

یافته است تا در موارد تراجم احکام اسلام، به تشخیص اهم و مهم اقدام کند (جوادی آملی، ۱۳۹۱، ص ۲۴۵). بنابراین در این موارد، تصمیمات ولی فقیه در قالب فرمان‌ها و دستورالعمل‌های جزئی، وضع قوانین و مقررات کلی و دستور اجرای احکام و قوانین شرعی بروز می‌کند که از آن با عنوان احکام حکومتی یاد می‌شود (صرامی، ۱۳۸۰، ص ۴۷)؛ و با عطف نظر به اینکه قوای سه‌گانه به موجب اصل ۵۷ قانون اساسی ذیل مقام رهبری قرار دارند، تبعیت از این احکام برای همه ارکان نظام لازم است. مبتنی بر این واقعیت، شورای نگهبان نیز در مقام تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی و موازین شرعی، احکام حکومتی ولی فقیه را یک هنجار برتر حقوقی مدنظر قرار می‌دهد و در صورتی که مصوبه مجلس مغایر با احکام حکومتی رهبری باشد، آن مصوبه را مغایر قانون اساسی یا موازین شرع اعلام می‌کند.

با پذیرش این مطلب که احکام حکومتی رهبری در زمره هنجارهای برتر حقوقی محسوب می‌شوند و تبعیت از آن برای همه مراجع و قوای حاکم در کشور لازم است، تردیدی نیست که قضات دادگاه‌ها نیز همانند شورای نگهبان مکلف‌اند تا با رعایت جوانب امر، همچون رعایت اصول دادرسی عادلانه (از جمله مفاد اصل ۱۶۹ قانون اساسی)، در فرایند دادرسی این احکام را مورد توجه و استناد قرار دهند.

بررسی رویه دیوان عدالت اداری در این زمینه، گویای آن است که این مرجع در فرایند دادرسی، به احکام رهبری به‌عنوان یک هنجار حقوقی برتر امان نظر داشته و تاکنون در دعوی مختلف، آن احکام را مستند حکم خود قرار داده است. باز باب نمونه، در دادنامه شماره ۱۰۲۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۸ هیئت عمومی دیوان مقرر شده است: نظر به اینکه اوامر مقام معظم رهبری در خصوص وضعیت محدوده و حریم شمال و شرق تهران و نحوه صدور مجوزهای ساخت‌وساز، واگذاری اراضی و تصرفات اشخاص و چگونگی عملکرد مسئولان و دستگاه‌های ذی‌ربط مبنی بر اینکه: «این گره فقط به دست دولت باز می‌شود. زمین‌های شمال و شرق تهران را به تعاونی‌ها فروخته و جمع زیادی از آحاد مردم را درگیر ماجرا کرده‌اند. همه آن زمین‌ها باید آزاد و فضای سبز و طبیعی شود و به مردم عوض، آن زمین یا خانه داده شود. وزارت مسکن آماده اجرای این طرح است. لازم است عزم راسخ دولت پشت سر این کار باشد.» به موجب نامه شماره ۱۰۹/۴۰۰م-۱۳۸۷/۹/۱۰، به ریاست جمهوری اسلامی ایران ابلاغ شده است و با توجه به لازم‌الاتباع بودن اوامر معظم‌له، بندهای ۹ و ۳ صورت‌جلسات مورد اعتراض، قابل ابطال تشخیص داده نشد.

در دادنامه شماره ۱۱۷ مورخ ۱۳۸۱/۴/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز بیان شده است:

...نظر به مراتب فوق‌الذکر و عنایت به مسئولیت‌های خاص شورای عالی انقلاب فرهنگی در باب وضع ضوابط و قواعد خاص به‌منظور تنظیم و تنسيق امور مربوط به دستگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و نحوه گزینش و امور انضباطی دانشجویان، به شرح مصرح در فرمان مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۶ حضرت امام خمینی علیه السلام مصوبه فوق‌الذکر شورای عالی انقلاب فرهنگی... از مقوله ورود در قلمرو صلاحیت مراجع ذی‌صلاح فوق‌الذکر می‌باشد، خارج از حدود اختیارات آن شورای عالی تشخیص داده می‌شود...

علاوه بر مصادیق ذکر شده، در دادنامه شماره ۲۰۲ مورخ ۱۳۶۹/۹/۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مقرر شده است: نظر به مفاد نامه شماره ۱۲۰/۵۹۳۱ مورخ ۶۹/۷/۲۳ نماینده ولی فقیه و سرپرست سازمان حج و اوقاف امور خیریه به عنوان مقام معظم رهبری در مورد نحوه نظارت سازمان مزبور بر اعمال متولیان موقوفاتی که در مظنه تعدی و تفریط می‌باشند و موافقت مقام معظم رهبری با طرح چهارماده‌ای پیشنهادی، از جمله اذن معظم‌له در نظارت استصوابی سازمان حج و اوقاف و موقوفات موضوع نامه و طرح فوق‌الذکر ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، مصوب ۶۵/۲/۱۰، در محدوده اذن مقام رهبری، مخالف قانون شناخته نمی‌شود.

### ۳-۵. استناد به مصوبات شورای عالی امنیت ملی

به موجب اصل ۱۷۶ قانون اساسی، شورای عالی امنیت ملی به منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی و تمامیت ارضی و حاکمیت ملی، مکلف به انجام مسئولیت‌های مقرر در بندهای سه‌گانه این اصل شده است. با توجه به قرینه عبارت ذیل این اصل، مبنی بر اینکه «مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید مقام رهبری قابل اجراست»، تردیدی نیست که این شورا در راستای ایفای وظایف خود، صلاحیت وضع مصوبه را دارد. بنابراین با توجه به جایگاه و صلاحیت‌های ویژه این شورا، به خصوص اینکه مصوبات آن پشتوانه تأیید مقام رهبری را نیز کسب می‌کنند، در صورتی که این شورا در حدود صلاحیت خود اقدام به وضع مصوبه‌ای کند و آن مصوبه مورد تأیید مقام رهبری قرار گیرد، قطعاً رعایت آن مصوبه برای همه قوا و مراجع لازم است.

با این مقدمه، بررسی رویه دیوان عدالت اداری گویای آن است که در عمل نیز مصوبات شورای عالی امنیت ملی مستند دیوان عدالت اداری در صدور رأی قرار گرفته‌اند. برای نمونه، در دادنامه شماره ۱۰۷۴ مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۸ هیئت عمومی دیوان مقرر داشته است:

...نظر به مراتب فوق، در قانون مطبوعات برای وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صلاحیت توقیف نشریه فاقد مجوز از هیئت نظارت بر مطبوعات پیش‌بینی نشده است و حکم مقرر در تبصره ماده ۱۲ قانون مطبوعات، که ناظر بر صلاحیت هیئت نظارت بر مطبوعات در توقیف نشریه است نیز منصرف از جلوگیری از چاپ و انتشار نشریه فاقد مجوز از هیئت نظارت، موضوع بند الف ماده ۷ قانون مذکور می‌باشد. ضمناً مصوبه شماره ۲۹۸ شورای عالی امنیت ملی، که مورد استناد وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی قرار گرفته است، متضمن حکمی مبنی بر تفویض اختیار به وزارت مذکور در مسدودسازی و انتشار سایت‌ها و نشریات الکترونیکی فاقد مجوز نیست. بنابراین، اطلاعیه اداره کل مطبوعات و خبرگزاری‌های داخلی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مبنی بر جلوگیری از انتشار سایت‌های خبری فاقد مجوز از هیئت نظارت بر مطبوعات، مغایر قوانین پیش‌گفته و خارج از حدود اختیار مرجع صدور می‌باشد...

## نتیجه‌گیری

با توجه به اهمیت منابع استناد قاضی در رسیدگی به دعاوی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی صراحتاً در این زمینه تعیین تکلیف کرده و «قوانین مدونه» و «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» را به‌عنوان منابع قابل استناد توسط قاضی معرفی کرده است. بررسی مفهوم اصطلاح «قوانین مدونه» در نظام حقوقی ایران گویای آن است که تفسیر مضیق از این اصطلاح می‌تواند به نادیده گرفته شدن بخش قابل توجهی از هنجارهای حقوقی الزام‌آور کشور، که از نظر سلسله مراتب هنجاری بالاتر از قانون عادی هستند، در رویهٔ قضایی بینجامد. بر این اساس، با تفسیری موسّع از اصطلاح یاد شده می‌توان انتظار داشت که کلیهٔ هنجارهای حقوقی الزام‌آور، که واجد وصف مدون بودن هستند، مورد استناد قاضی قرار گیرند تا از این رهگذر، ضمن جلوگیری از بروز تعارض در نظام حقوقی، حراست از هنجارهای برتر حقوقی نیز به‌شبه‌ای مطلوب در نظم حقوقی محقق شود.

به‌منظور حصول این نتیجه، دو رویکرد تفسیری «قصدگرایانه» و «غایت‌گرایانه» به‌صورت کامل مؤید لزوم تفسیر موسّع از اصطلاح «قوانین مدونه»، مندرج در اصل ۱۶۷، بودند؛ و مبتنی بر رویکرد تفسیری «لفظ‌گرایانه»، که به‌صورت مضیق به موضوعات می‌نگرد نیز حداقل امکان استناد به «قانون اساسی» در محاکم، به‌عنوان یکی از هنجارهای برتر حاکم بر نظام حقوقی کشور، قابل اثبات است.

علاوه بر بررسی‌های نظری صورت گرفته، بررسی رویهٔ دیوان عدالت اداری به‌عنوان یکی از محاکم رسیدگی‌کننده به دعاوی در نظام حقوقی ایران، گویای آن است که آن دیوان تا کنون در رسیدگی‌های خود به هنجارهای حقوقی مختلفی همچون «قانون اساسی»، «نظرات تفسیری شورای نگهبان»، «سیاست‌های کلی نظام»، «فرامین رهبری» و «مصوبات شورای عالی امنیت ملی» استناد کرده و از این جهت با رویکرد تفسیری مورد حمایت این تحقیق همسو بوده است. بنابراین می‌توان ادعا کرد که چه از منظر نظری و چه از منظر عملی، تفسیر موسّع از اصطلاح «قوانین مدونه» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، از ارزش حقوقی بالایی برخوردار است و این رویکرد می‌تواند در جهت انتظام هرچه بیشتر نظام حقوقی کشور مؤثر افتد.

## منابع

- آئینه‌نگینی، حسین، ۱۳۹۴، «واکاوی مفهومی کلیدواژگان چند معنا در قانون اساسی؛ مدخل «قانون»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۱۲۰، مورخ: ۱۳۹۴/۶/۷.
- اباذری فومشی، منصور، ۱۳۹۲، *ترمینولوژی حقوق نوین*، ج سوم، تهران، شهید داریوش نوراللهی.
- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، *راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۶۴، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج سوم، تهران، چاپخانه مجلس شورای اسلامی.
- ارسطا، محمدجواد، ۱۳۸۹، *نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران*، تهران، مؤسسه بوستان کتاب.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۴، *مقدمه عمومی علم حقوق*، چ دهم، تهران، گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۶، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چ سوم، تهران، گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله، ۱۳۹۱، *ولایت فقیه (ولایت، فقاہت و عدالت)*، چ چهاردهم، قم، اسراء.
- خسروی، وحید، ۱۳۹۷، «بررسی حقوقی اصل ۱۶۷ در راستای عدم استتکاف قاضی از صدور رأی»، *قانون‌یار*، دوره اول، ش ۲، ص ۲۶۳-۲۷۶.
- خلف‌رضایی، حسین و مصطفی منصوریان، ۱۳۹۳، «مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۲۴، تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۳/۲۷.
- دانش پژوه، مصطفی، ۱۳۹۱، *قلمرو اجرا و تفسیر قواعد حقوقی (کاربست حقوق)*، تهران، جنگل.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۱، *منابع حقوق (یافتگاه حقوق)*، تهران، جنگل.
- ری اس رنو، تیه، ۱۳۸۸، «قوه قضائیه در فرانسه و اروپای قاره‌ای: رویکرد تطبیقی»، ترجمه محمدجواد شریعت‌باقری، *حقوق اساسی*، ش ۱۲، ص ۱۳۷-۱۵۵.
- سجادی، سیدعبدالقیوم، ۱۳۹۲، «*فقه و قانونگذار: ظرفیت‌ها و محدودیت‌ها*»، مجموعه مقالات کنفرانس بین‌المللی «فقه و قانون: ایده‌ها، پیشنهادها و راه‌حل‌های روشی» مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، قم، زینی.
- صرامی، سیف‌الله، ۱۳۸۰، *احکام حکومتی و مصلحت*، تهران، عبیر.
- عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۵، *حقوق اساسی ایران*، تهران، دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، *حقوق اساسی*، ش ۳، ص ۳۰۳-۳۰۸.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۲، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چ ۸۹، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲، «شست تخصصی قابلیت استناد محاکم عادی به قانون اساسی»، پژوهشگاه قوه قضائیه.
- موسی‌زاده، ابراهیم، ۱۳۸۷، «تأملی بر مفهوم ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام»، *فقه و حقوق*، ش ۱۷، ص ۱۵۱-۱۷۸.
- واحدی، قدرت‌الله، ۱۳۷۳، *مقدمه علم حقوق*، تهران، مؤلف.
- ورعی، سیدجواد، ۱۳۸۵، *مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی به روایت قانونگذار*، قم، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.
- وکیلان، حسن، ۱۳۹۷، «جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکنترین حقوقی»، *پژوهش حقوق عمومی*، سال نوزدهم، ش ۵۸، ص ۵۷-۸۱.



## راهبردهای فقه امامیه در تضمین حق حریم خصوصی شهروندان

امیر کشتنگر / دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

حسین جاویر / استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۳ - پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۵

hjavar@ut.ac.ir

### چکیده

حریم خصوصی به‌عنوان محدودده‌ای امن از زندگی افراد که مصونیت از پایش، رهگیری و تعرض را می‌طلبد، نوعی نیاز فطری و دیرین محسوب می‌شود که امروزه در اثر توسعه تکنولوژی و قدرت ابزارهای ارتباطی، نگرانی‌ها درباره نقض آن رو به فزونی گذاشته است. بنابراین، در شرایط کنونی حمایت از حریم خصوصی و تضمین حق بر آن، اهمیت بیشتری پیدا کرده است. در پاسخ به این نگرانی‌ها، گفتمان ویژه‌ای در مطالعات حقوق و علوم اجتماعی به‌عنوان «حق بر حریم خصوصی» شکل گرفته است. نظام‌های حقوقی هر کدام رویکردهای خاصی در حمایت از حق مزبور اتخاذ کرده‌اند. پرسشی که مطرح می‌شود این است که راهبردهای فقه امامیه در حمایت و تضمین این حق چگونه است؟ بررسی منابع و مبانی فقه امامیه نشان می‌دهد که این حق، از ابتدای تشریح احکام اسلامی، مورد اهتمام بوده و در چهار ساحت مورد حمایت قرار گرفته است. نخست، تدابیر بازدارنده (مشمول بر کنترل عوامل انگیزشی نقض حریم خصوصی و صدور احکام محدودکننده نقض)؛ دوم، حمایت در ضمن قواعد عمومی؛ سوم، تحریم و تجریم مصادیق نقض؛ چهارم، باره‌ای ضمانت اجراهای مناسب مقام. نوشتار حاضر ابعاد راهبردهای حمایتی یادشده را با رویکردی تحلیلی-توصیفی در فقه امامیه بررسی می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** حریم خصوصی؛ فقه امامیه؛ بازدارندگی؛ سیاست کیفری؛ ضمانت اجرا.

وجود حریمی مصون از هر نوع پایش، سرکشی و رهگیری دیگران، نوعی نیاز فطری یا طبیعی محسوب می‌شود که از دیرباز خواسته بشر بوده است. در نتیجه تحولات فرهنگی و تمدنی و ظهور فناوری‌های جدید ارتباطی، امروزه این نیاز نه تنها تعدیل نشده، بلکه به صورت یک دغدغه فراگیر درآمده است. پیشرفت روزافزون فناوری و سیر گسترده تحولات در ارتباطات انسانی، گستره حوزه خصوصی زندگی افراد را بیش از پیش به چالش کشیده و نگرانی‌ها و تنش‌های متعددی را در این باره پدید آورده است.

گفتمان ویژه «حق بر حریم خصوصی» (privacy Right) در مطالعات حقوق و علوم اجتماعی به نوعی در پاسخ به این چالش مهم شکل گرفته و توسعه یافته است. در این راستا، قانون‌گذاران بشری درصدد برآمدند تا با شناسایی حق حریم خصوصی شهروندان برای حمایت از آن چاره‌اندیشی کنند و با تدارک ضمانت اجراهای متناسب، ضمن مقابله جدی با تهدیدها، آرامش و آسایش عمومی را به‌رمغان آورند (آماده، ۱۳۹۵، ص ۱۳).

با وجود نوپدید بودن تأسیس «حریم خصوصی» در ادبیات حقوقی جوامع غربی، قواعد و احکام متعددی که در آموزه‌های اسلامی جهت حمایت از حق مزبور تشریح شده، حاکی از قدمت آن در نظام حقوقی اسلام است. اگرچه در نصوص دینی، به دلیل نوپدید بودن این اصطلاح، نامی از حریم خصوصی به میان نیامده است، اما این مسئله حق جدیدی به شمار نمی‌رود و غنای حکمی موجود در این زمینه، امکان حمایت از این حق بنیادین را در ابعاد مختلف و گسترده فراهم آورده است (محسنی، ۱۳۸۹، ص ۳۳).

نتیجه بررسی‌های این نوشتار نشان می‌دهد که این حمایت، صرفاً در یک سلسله توصیه‌های اخلاقی در راستای احترام به حوزه خصوصی افراد منحصر نیست؛ بلکه الزامات محدودکننده حول نقض حریم خصوصی افراد را نیز شامل می‌شود. در این راستا می‌توان طیفی از راهبردها را در حمایت از حوزه خصوصی زندگی افراد مورد توجه قرار داد: نخست، احکامی که در جهت پیش‌گیری از نقض حریم خصوصی تشریح شده‌اند؛ دوم، مجموعه قواعد کلی که بر حرمت نقض حریم خصوصی دلالت می‌کنند؛ سوم، تحریم و جرم‌انگاری اقداماتی که به نقض حریم خصوصی افراد منجر می‌شوند؛ و نهایتاً احکامی که حاوی ضمانت اجراهای کافی برای نقض حریم خصوصی است. در ادامه، هر یک از این موارد بررسی می‌شوند.

## ۱. تضمین حریم خصوصی در فقه امامیه در پرتو «تدابیر بازدارنده از نقض»

بخش مهمی از راهبرد حمایتی فقه امامیه در صیانت از حق حریم خصوصی شهروندان، اتخاذ تدابیری جهت مقابله پیشگیرانه با عوامل مؤثر در نقض حوزه محرمانه زندگی افراد است. در واقع در آموزه‌های اسلامی تدابیری وجود دارد که با تحدید امکان ارتکاب اقدامات منافی حق حریم خصوصی، وقوع این بزه را بدون اینکه به تهدید کیفر یا

اجرای آن متوسل شود، با دشواری مواجه می‌سازد. در این رویکرد پیشگیرانه تلاش می‌شود در ساختار شخصیت فرد و ارزش‌های اخلاقی حاکم بر جامعه تحولات و اصلاحات بنیادین صورت گیرد تا از وقوع رفتارهایی که موجب نقض قلمرو خصوصی زندگی افراد می‌شوند، جلوگیری شود. این تدابیر ممکن است برای حمایت از حریم خصوصی فرد «در قبال اقدام همان فرد» یا «در قبال رفتار دیگران» باشد که هر یک جداگانه بررسی می‌شود.

### ۱-۱. تدابیر بازدارنده از نقض حریم خصوصی «خود» در فقه امامیه

از جمله مسائل اساسی قابل طرح در نظام حقوقی اسلام، امکان تصرف در حوزه حریم خصوصی با اسقاط یا نقل آن به دیگری است. این مسئله را می‌توان تحت این پرسش عنوان کرد که آیا می‌توان حق حریم خصوصی را از خود سلب و با رضایت به این اسقاط، زمینه دخالت و تصرف دیگران را در این حوزه فراهم نمود و از آنها سلب مسئولیت کرد؟ ممکن است طبق این مبنا که هرگونه تصمیم‌گیری درباره اطلاع، ورود و نظارت بر حریم خصوصی، منحصرأ «در اختیار صاحب حق» است و دسترسی دیگران به آن «تابع اذن» اوست (اسکندری، ۱۳۹۰، ص ۵۰-۵۱)، اراده و رضایت افراد تنها عامل تعیین‌کننده در نقض و تحدید حق حریم خصوصی محسوب شود. در اندیشه حقوقی اسلام پاسخ به این پرسش در چهارچوب مقوله «حق» و «حکم» یا «حق» و «تکلیف» امکان‌پذیر است. در بیان اوصاف و ویژگی‌های مفهوم «حق» اصطلاحی، آنچه مورد اتفاق فقهای امامیه قرار گرفته، قابلیت اسقاط آن است؛ تاجایی که گفته می‌شود: «أَنَّ لِكُلِّ ذِي حَقِّ إِسْقَاطَ حَقِّهِ» (اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ص ۵۱)؛ افزون بر این، نقل‌پذیری و اقتضای نقل، و قابلیت (اقتضای) انتقال، ویژگی دیگری است که برای «حق» شمرده می‌شود (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۶-۲۷؛ حسینی، ۱۳۸۷، ص ۸۴). در مقابل، «حکم» خطابی شرعی از جانب شارع است که به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد و بارزترین مشخصه آن، عدم امکان اسقاط است (همان: ۱۵۹) و جز به امتثال حکم یا از بین رفتن موضوع حکم، ساقط نمی‌شود. با این توضیح می‌توان نتیجه گرفت که تلقی حریم خصوصی بر مبنای هر یک از این دو مبنا، آثار حقوقی مختلفی را به دنبال دارد. تلقی حریم خصوصی به‌مثابه حق اصطلاحی اقتضا می‌کند کسی نتواند بدون اذن به حوزه خصوصی افراد وارد شود و پس از اذن هم مانع دیگری وجود نداشته باشد. این درحالی است که با بررسی ادله شرعی می‌توان دریافت که ورود به حریم خصوصی دیگران در مواردی حتی با کسب اجازه از صاحب حق نیز مورد نهی شارع مقدس است (سروش، ۱۳۹۳، ص ۸۳)؛ چنان‌که نگاه به نامحرم با وجود پوشش نامناسب فرد، حرام محسوب می‌شود؛ به این معنا که اگر کسی با پوشش نامناسب، به نقض حریم جسمی خود توسط دیگران رضایت دهد، این امر مجوز نگاه به او نیست. یا در خصوص غیبت مُحَرَّم که یکی از اسباب نقض حریم خصوصی در مرحله نشراطلاعات خصوصی است، «رضایت قبلی غیبت‌شونده» باعث ایجاد تغییر در حکم حرمت نمی‌شود؛ زیرا این‌گونه نیست که هر آنچه از آن با عنوان حق یاد می‌شود، قابل اسقاط

هم باشد؛ و حق مرتبط با حیثیت افراد از این جمله است؛ زیرا فاش کردن چیزی که در زمره زشتی‌ها و گناهان محسوب می‌شود، به بی‌آبرویی و بی‌احترامی منجر می‌شود و خدای متعال آن را پوشیده داشته است؛ حتی برای صاحب حق هم جایز نیست. پس این قبیل حقوق با رضایت قابل اسقاط نیست و استعمال واژه حق در این موارد، جنبه مسامحی دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۵۰؛ قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۸۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۹۳). در مورد عدم اعتبار رضایت فرد بر هتک حرمت و حیثیتش در روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا إِذْلَالَ نَفْسِهِ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۶، ص ۱۵۷)؛ به این معنا که خداوند متعال نه تنها اختیار به ذلت کشیدن را به افراد نداده، بلکه از موجبات آن نهی کرده است.

حتی در قلمرو «حدود» که بسیار مورد اهتمام قرار گرفته، به شخص مرتکب اکیداً توصیه شده است که توبه را بر افشای اسرار خود مقدم بدارد. برای مثال، در مورد اقرار به گناهی که در قلمروی محرمانه رخ می‌دهد نیز احکام و توصیه‌هایی بیان شده است که از رویکرد اولیة اسلام در عدم افشای گناهان حکایت می‌کند. از جمله این توصیه‌ها، توبه از گناهی است که افشا نشده‌اند. احادیث متعددی در منابع روایی وجود دارند که بر ترجیح توبه بر اقرار در مورد گناهان پوشیده از خلق، دلالت دارند. بررسی این احادیث نشان می‌دهد در مورد افرادی که قصد اقرار به عملی منافی عفت داشته و خواهان اجرای حدود در حق خود بوده‌اند، سیره مستمر معصومین علیهم السلام بر تغافل و انصراف دادن ایشان از اقرار مبتنی بوده است (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۴۴۰؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۳۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۵، ص ۲۶۷؛ شیخ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۳۶). در یکی از این احادیث نقل شده است که فردی خدمت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله رسید و به زنا اعتراف کرد. پیامبر صلی الله علیه و آله در هر مرتبه از اقرار، روی از او برمی‌تافت و حتی بعد از اقرار سوم، با طرح سؤالی سعی در انصراف او داشت؛ اما با اقرار چهارم، حکم حد او را صادر کرد و بعد از اجرای مجازات نیز فرمودند: اگر گناهش را مستور می‌داشت و توبه می‌کرد، برای او بهتر بود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۸۵). بنابراین در نظام حقوقی اسلام باید به جنبه مهم‌تری از ماهیت حریم خصوصی، که همان «حکم» است، توجه کرد.

با توجه به آثار و احکام مترتب بر دو مبنای فوق، باز این پرسش مطرح می‌شود که نقش اراده و رضایت فرد در تحدید و نقض حریم خصوصی‌اش چه میزان است؟ در پاسخ، با استناد به لسان ادله‌ای که در این‌باره وارد شده است، باید گفت که ماهیت حریم خصوصی در نظام حقوقی اسلام، هر دو جنبه یاد شده را داراست؛ به این معنا که در مواردی فرد می‌تواند حریم خصوصی خود را اسقاط کرده، یا به دیگری منتقل کند و در مواردی نیز به دلیل ابتدای موضوع حریم خصوصی بر الزامات شرعی، چنین امری منتفی است. در واقع، جنبه‌هایی از حریم خصوصی که با حیثیت معنوی و کرامت انسانی مرتبط‌اند، از آنجا که در قلمرو «حکم» تعریف می‌شوند، نمی‌توانند متعلق اراده انشایی افراد قرار گیرند؛ اما جنبه‌ای از حریم خصوصی که با حیثیت معنوی اشخاص مرتبط نیست و دارای ارزش تجاری و مبادله‌ای است، مانعی در نقل و اسقاط آن نیست (قنواتی، جاوَر، ۱۳۹۰، ص ۲۷).

## ۱-۲. تدابیر بازدارنده از نقض حریم خصوصی «دیگری» در فقه امامیه

### ۱-۲-۱. بازدارندگی در پرتو کنترل «عوامل انگیزشی موجد نقض»

با توجه به وجود گرایش‌های منفی در کنار گرایش به خیر و ضرورت جلوگیری از سرکشی و خروج امیال از عقل (خسروپناه، ۱۳۹۶، ص ۲۹۹) و امکان تعدیل امیال در پرتو آموزه‌های تربیتی و آراستگی به فضایل اخلاقی (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۷۵) و نظر به اینکه بسیاری از توصیه‌ها و دستورات اخلاقی که در قرآن و روایات خطاب به انسان مطرح شده‌اند، جنبه پیشگیرانه دارند و التزام به آنها از ظهور رفتارهای ناپسند جلوگیری می‌کند (سیحانی، ۱۳۹۷، ص ۲۶)، کنترل عوامل درونی مؤثر در نقض حریم خصوصی افراد، تا حدود زیادی از امکان ارتکاب چنین رفتاری می‌کاهد. لازم است به مهم‌ترین توصیه‌های مرتبط با بحث اشاره شود.

**الف) منع از سوءظن:** از جمله عوامل درونی تأثیرگذار بر تجسس از حوزه خصوصی افراد، انگیزه‌های ناشی از «سوءظن و بدگمانی» است. در واقع، اگر تجسس را تلاش برای کسب اطلاع از امور پنهان افراد بدانیم، در برخی موارد بدگمانی به دیگران، فرد را به این اقدام ناپسند وامی‌دارد. این در حالی است که در نصوص شرعی، از این حالت روانی نهی و به حسن ظن دعوت شده است. در آیه ۱۲ سوره حجرات، خداوند متعال پیش از نهی از تجسس، مؤمنین را به اجتناب از سوءظن فرمان می‌دهد. برخی از مفسرین در تفسیر این آیه معتقدند که آنچه شارع مقدس نهی کرده است، خودِ ظن نیست؛ زیرا ظن، نوعی ادراک نفسانی است که در قلمرو کنترل اراده افراد عادی قرار ندارد تا متعلق حکم شرعی واقع شود؛ بلکه منظور از نهی، «ترتیب اثر دادن به سوءظن» است؛ مثل اینکه شخص به توهین یا انتشار مطالب ظنی مبادرت کند (طباطبایی، ج ۱۸، ص ۳۲۳). به علاوه، تجسس و تحقیق نیز از جمله رفتارهایی است که در اختیار انسان است و به حکم این آیه نهی شده است (احمدی میانجی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۱).

**ب) منع از عیب‌جویی و تمسخر:** تعقیب عیوب یا استهزای دیگران، یکی دیگر از عوامل نقض حریم خصوصی محسوب می‌شود که به دلیل استقرار حالات نفسانی‌ای چون کینه‌ورزی، حسادت و تکبر، در رفتار افراد بروز می‌کند. در آیه ۱۱ سوره حجرات نیز از جست و جوی عیوب دیگران و استهزای آنان نهی شده است؛ چراکه علت استهزا و تمسخر، از حس خودبرتربینی و کبر و غرور ناشی می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲۲، ص ۱۷۹). بی‌تردید رسوخ این صفت در افراد، زمینه بسیاری از تعرض‌ها و تنش‌ها محسوب می‌شود که از جمله آن، تلاش برای به‌دست آوردن داده‌های لازم به‌منظور تمسخر و عیب‌جویی است که در پرتو تجسس و پایش زندگی خصوصی و رهگیری ارتباطات وی به‌دست می‌آید. بنابراین، این قبیل از ممنوعیت‌ها و التزام به آن، در عمل می‌تواند زمینه نقض حریم خصوصی و افشای داده‌های محرمانه را از بین ببرد.

**ج) ممنوعیت نظارت بر احوال خصوصی و استراق بصر:** استراق بصر و تلاش برای اشراف بر قلمرو محرمانه دیگران نیز در شمار عوامل ناقض حریم خصوصی افراد قلمداد می‌شود. از جمله این موارد، نگاه به نامحرم و

چشم‌چرانی است. در بیان علت درونی ارتکاب این رفتار مذموم، می‌توان به طغیان تمایلات شهوانی اشاره کرد. در آیه ۳۲ سوره احزاب، از این حالت روحی به «مرض» تعبیر شده است (طباطبایی، ۱۳۷۱، ج ۱۶، ص ۴۶۱). به‌علاوه، این گناه زمینه ارتکاب برخی معاصی دیگر و مقدمه آنها به‌شمار می‌رود که از جمله ممکن است ازدیاد انگیزه انسان به چنین رفتاری، منجر به میل انسان به تجسس و کسب اطلاع از وضعیت افراد و در نتیجه نقض حریم خصوصی جسمانی، مکانی و ارتباطی اشخاص در قلمرو امور جنسی و جسمی شود.

بنابراین، محترم شمردن این قبیل محرمات، به‌طور طبیعی برخی از زمینه‌های مهم نقض حریم خصوصی را از بین می‌برد و نوبت به نقض حریم خصوصی و اعمال ضمانت اجراهای مربوط نمی‌رسد (رشادتی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۳).

## ۲-۱. بازدارندگی در پرتو «تشریح قواعد اجتماعی کنترل‌کننده»

در نظام اجتماعی اسلام، احکام و قواعد متعددی جهت تنظیم روابط عادلانه وجود دارند که اعمال آنها در روابط اجتماعی موجب پیشگیری از بسیاری از مداخلات و تعارضات نامشروع و تأمین حقوق فردی و اجتماعی آحاد شهروندان می‌شود. قاعده صحت افعال افراد، از جمله قواعد مهم فقهی است که آثار حقوقی مهمی بر آن مترتب می‌شود. در تبیین قاعده اصل صحت باید متذکر شد که این قاعده در معانی گوناگونی استعمال شده است: گاهی به‌معنای «جواز تکلیفی» و گاهی به‌مفهوم «وضعی» به کار رفته است. در کاربرد نخست به این معناست که در هنگام تردید در حرمت و حلیت رفتار دیگری، باید بنا را بر جواز و حلیت تکلیفی نهاد؛ به این معنا که باید آثار و نتایج فعل صحیح را بر فعل مشکوک مترتب کرد و آن عمل را تا زمانی که شاهدهی برخلاف آن یافت نشده است، صحیح و مشروع در نظر گرفت (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ق، ص ۱۴۵). اصل صحت در معنای دوم، در مقابل «فساد» قرار دارد و حکمی وضعی قلمداد می‌شود. در تبیین تفاوت میان معنای دوم و معنای نخست باید اشاره کرد که اصل صحت در معنای تکلیفی، بیشتر ناظر به محتوای اخلاقی و روانی است، درحالی‌که در معنای وضعی، نتایج عملی و عینی بر آن مترتب می‌شود (محقق داماد، ج ۱، ص ۱۹۸).

در خصوص مستند شرعی قاعده یاد شده، به آیه ۱۲ سوره حجرات استناد شده است؛ همچنین می‌توان به این حدیث از حضرت علی علیه السلام استناد کرد که فرموده‌اند: «کار برادر دینی خود را به بهترین گونه حمل کن؛ مگر اینکه دلیل یافت شود که تو را از آن بازدارد؛ و هرگز درباره سخنی که از زبان برادرت خارج می‌شود، سوءظن نداشته باش؛ مادامی که تو برای آن گفته، محملی صحیح و معنای خوبی پیدا کنی» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۶۲). البته تعدادی از فقها دلیل اصلی بر مشروعیت اصل صحت را حکم مستقل عقل معرفی کرده‌اند. برای نمونه، شیخ انصاری با استناد به ادله و جوب حفظ نظام و حرمت اختلال در امور مسلمین، بر مشروعیت اصل صحت در جمیع امور اقتصادی و اجتماعی استدلال کرده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ق، ج ۲، ص ۷۲۱).

به‌هرحال، از آنجاکه منشأ برخی از تجسس‌ها و پایش‌ها در قلمرو زندگی خصوصی، بدگمانی و حمل رفتارهای دیگران بر وجه غیر مثبت است، جریان اصل صحت در روابط اجتماعی، منشأ عوامل انگیزشی را که در بحث قبلی اشاره شده از بین می‌برد. در حقیقت، مفاد اصل صحت و التزام به آن می‌تواند در جلب اعتماد عمومی نقش ایفا کند و از بسیاری تعرضات نابجا و مداخلات نامشروع پیشگیری نماید؛ در واقع، با اینکه برخی فقها مفاد قاعده صحت را به‌گونه‌ای اخلاقی و فردی تفسیر کرده‌اند، اِعمال این قاعده به‌عنوان اصل اولی در روابط اجتماعی می‌تواند از بسیاری از مناسبات ناسالم اجتماعی، مبتنی بر بدبینی و سوءظن، ممانعت کند (عمیدزنجانی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۵) و به‌نوعی واجد اثر پیشگیرانه است.

### ۳-۲-۱. بازدارندگی در پرتو سیاست کیفری مبتنی بر بزه‌پوشی

اهتمام اسلام به حمایت از حریم خصوصی در حوزه سیاست‌های کیفری باعث شده است که اثبات برخی جرایم مرتبط با حیثیت و عرض افراد، از احکامی تبعیت کند که از تحدید حریم خصوصی افراد در مرحله اثبات و انتشار رفتار ارتكابی ممانعت به عمل می‌آورد.

«شهادت»، از جمله ادله اثبات جرایم در حقوق کیفری اسلام است. فراهم شدن نصابی مشخص و لزوم احراز ویژگی‌ها و صفاتی نظیر عدالت، ایمان، عقل، حلال‌زادگی و انتفای تهمت و ذی‌نفعی در شهود، از جمله شرایطی است که به امر شهادت اعتبار می‌بخشد (حلی، ۱۴۰۷ ق، ج ۴، ص ۵۰۷). در صورتی که موضوع شهادت، جرایم منافی عفت همچون زنا باشد و شرایط اعتبار شهادت (همچون نصاب شرعی) مراعات نشود، حد قذف بر شهود جاری می‌گردد (شهیدثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹، ص ۵۴). لزوم احراز شرایط پیچیده و سخت‌گیرانه در اثبات برخی جرایم و اِعمال مجازات قذف در صورت عدم رعایت نصاب معین شده در شریعت مقدس، از عوامل پیشگیرانه از نقض و تهدید حریم خصوصی افراد در سیاست کیفری اسلام شمرده می‌شود.

لازم به ذکر است که محدودیت‌های شرعی در خصوص کشف جرایم و گناهان پنهانی در سیاست‌های کیفری جمهوری اسلامی نیز انعکاس خاصی یافته است. این موضوع تا حد زیادی از صدور فرمان هشت‌ماده‌ای امام خمینی<sup>ع</sup> در ابتدای انقلاب اسلامی ناشی می‌شود. در بند ششم از این فرمان، از رویه‌های نادرستی که به‌موجب آن، مقامات قضایی و پلیسی بتوانند به‌نام کشف جرم یا ارتكاب گناه، دیگران را تحت تعقیب یا مراقبت قرار دهند، پرهیز داده شده است. همچنین در قسمت دیگری از این فرمان بیان شده است، حتی در مواردی که لازم است برای دفع توطئه‌ها و مخاطرات علیه نظام جمهوری اسلامی ایران، مداخلاتی صورت پذیرد، چنانچه اشتباهاً با ورود به خانه و محل کار دیگری، گناهانی کشف شود، حق جلب یا بازداشت یا ضرب و شتم صاحبان خانه و سکنه آن وجود ندارد و باید به نهی از منکر زبانی بسنده کرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۱۴۱). دیدگاه فقهی یاد شده موجب شده است که در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران، سیاست جنایی مناسبی حول کشف و تعقیب جرایم ارتكابی در خلوت با محوریت جرایم منافی عفت ایجاد شود (آقابایی، ۱۳۹۶، ص ۲۵۵).

## ۲. تضمین حریم خصوصی در فقه امامیه در پرتو «قواعد کلی»

قواعد حقوقی متعددی وجود دارند که در امر استنباط حق بر حریم خصوصی، قلمرو و احکام آن، قابل استفاده‌اند. با لحاظ این قواعد، حق بر حریم خصوصی به‌مثابه یک حق مستقل، قابل شناسایی و حمایت است. در ادامه این نوشتار، به‌قواعدی اشاره می‌گردد که عمومیت و شمولیت آنها باعث می‌شود ابعاد حمایت از حریم خصوصی در نظام حقوقی اسلام به‌مثابه یک حق مستقل شناسایی و حمایت شود.

### ۲-۱. قاعده فقهی «احترام»

مصونیت شئون فردی و اجتماعی افراد، در ابعاد مادی و معنوی، موضوع دسته‌ای از روایات قرار گرفته که از مجموعه آنها، قاعده‌ای تحت عنوان «احترام» استنباط و اصطیاد شده است. از جمله این روایات می‌توان به این موارد اشاره کرد: «ولایح ل مؤمن مال أخیه الا عن طیب نفسه» و «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» و «سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۳۰۹). به‌موجب این روایات، «اموال»، «حقوق مالی»، «حقوق غیر مالی» و «جان»، «حیثیت معنوی» و به‌طور خلاصه، کلیه شئون اشخاص، در قلمرو احترام قرار می‌گیرند و شایسته احترام‌اند (قنوتی، جاور، ۱۳۹۰، ص ۳۶-۳۷). البته آنچه بیشتر شایع است، استعمال این واژه با پسوند مال یا اموال است؛ بنابراین شکی نیست که اموال و حقوق مالی در قلمرو موضوعی قاعده احترام قرار می‌گیرد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۰۶؛ ابن ابی جمهور، ج ۱، ص ۲۲۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۴۰۷) اما بی‌تردید، قاعده یاد شده علاوه بر شئون مادی و حمایت از حقوق مالکانه افراد، می‌تواند مبنایی برای حمایت از حیثیت معنوی قرار گیرد و آن را از مبانی متقن و مهم حمایت از حریم خصوصی در نظام حقوقی اسلام دانست. در اثبات شمول قاعده «احترام» بر حیثیات معنوی، می‌توان گفت که احترام به مال و عمل افراد در روایات یاد شده خصوصیتی ندارد؛ یعنی می‌توان با الغای خصوصیت از آنها، موارد دیگر نظیر عرض و آبروی افراد را مشمول قاعده احترام تلقی کرد. همچنین به قیاس اولویت نیز تعمیم قاعده «احترام» بر حیثیات معنوی افراد اثبات می‌شود (قنوتی، جاور، ۱۳۹۰، ص ۴۰)؛ چراکه دین مبین اسلام در تأمین مصالح بشر و نجات وی از فساد و تباهی، حرمت آبروی افراد را با اهمیت‌تر از حرمت جان و مال ایشان می‌داند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ص ۳۴۱).

در نتیجه، همه جنبه‌های مادی و معنوی مرتبط با حریم خصوصی، بالمطابق، در قلمرو شمول قاعده «احترام» قرار می‌گیرد و البته در ضمان ناشی از نقض حریم خصوصی نیز قابل استناد است (قنوتی، جاور، ۱۳۹۰، ص ۴۳).

### ۲-۲. قاعده فقهی «عدم الوالیه»

در آموزه‌های اسلامی، انسان مخلوقی آزاد از سلطه و استیلای دیگران دانسته شده است که جز خداوند یا شخص مأذون از جانب او، حق ولایت و سرپرستی بر او را ندارد. بر این اساس، مقدرات هر کس به دست خودش است



(موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۴۱) و کسی نمی‌تواند دیگری را مقهور اراده خود گرداند (کعبی، ۱۳۹۴، ص ۹۸). گروهی از محققان بر این نظرند که آنچه در مورد متعلقات اشخاص، اعم از مال و غیر مال، موضوع حرمت قرار گرفته است، نفس مال یا غیر آن نیست؛ بلکه «سلطه اشخاص» است که مثلاً موضوع حرمت تعرض و نقض قرار گرفته؛ و نتیجه آن، لحاظ دو حیثیت در ناحیه حرمت نقض است: یکی از جهت خود متعلق (مثل مال یا حیثیت معنوی)؛ و دیگری سلطه و اقتداری که برای شخص نسبت به این حیثیت وجود دارد؛ و رفتار ناقض حق، به نوعی هر دو حیثیت را هدف قرار داده است (خمینی، ۱۴۲۸، ص ۲۴۸؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۹۶؛ صدر، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۹۱).

از آنجاکه مراحل و مراتبی از نقض حریم خصوصی، مشتمل بر پایش، گردآوری داده‌های فردی، پردازش و نشر آن، به نوعی تصرف در شئون زندگی دیگران به‌شمار می‌رود، به مقتضای قاعده اولیه عقلایی عدم ولایت، این امر خلاف شرع است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۳۹)؛ بنابراین در مورد حق بر حریم خصوصی، اصل بر عدم جواز نقض خواهد بود و مادامی که دلیلی برای خروج از مقتضای اصل وجود نداشته باشد، حریم خصوصی افراد محترم است و هرگونه عملی منافی حوزه شخصی زندگی افراد، ممنوع است.

توجه به این اصل و قلمرو اعمال آن در حریم خصوصی، علاوه بر اینکه در مقام تردید در امکان نقض حریم خصوصی قابل استناد است، به دلیل قوت دلالت و اهمیتی که دارد، بر برخی دلایل دیگر نیز مقدم می‌شود و در حقیقت، با جریان این اصل، موضوع برخی احکام با محدودیت مواجه می‌شود و به نوعی حرمت حریم خصوصی و ممنوعیت نقض آن، قید موضوع احکامی نظیر وجوب امر به معروف و نهی از منکر قرار می‌گیرد. تعلق حکم وجوب شرعی در اینجا، با ملاحظه حرمت تجسس و سوءظن است (قیاسی، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸)؛ در واقع می‌توان گفت، مجموعه ادله نقلی که بر حرمت تجسس، سوءظن و تعقیب عیوب دیگران دلالت دارند، بر ادله امر به معروف و نهی از منکر «حاکم» هستند (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۹۸). توضیح بیشتر اینکه تا ترک معروف و ارتکاب منکری آشکار نباشد، نمی‌توان وارد حوزه امر به معروف و نهی از منکر شد؛ و اعمالی مورد امر و نهی قرار می‌گیرد که در منظر عموم باشد یا اینکه آثار آن به جامعه سرایت کند (کعبی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۷۷).

بنابراین، مستند به قاعده عدم ولایت، مداخله در امور خصوصی دیگران مستلزم آن است که مداخله‌کننده، از حق، سلطه و اختیاری نسبت به دیگری برخوردار باشد و کسی که ادعا می‌کند درباره دیگران از اختیار ویژه‌ای برخوردار است، باید دلیل اقامه کند؛ و گرنه مطابق این اصل، ادعای او مردود است (سروش، ۱۳۹۳، ص ۹۶-۹۷).

### ۳-۲. قاعده فقهی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»

«ضرر» مفهومی است عرفی و در مقابل «نفع» استعمال شده است (خالصی، ۱۴۱۵، ص ۱۲؛ صدر، ۱۴۲۰، ص ۱۳۸) و «زیان معنوی» نیز در اثر هجمه به کرامت انسانی و شرف و اعتبار و آبروی اشخاص یا عاطفه و احساسات آنها به‌بار می‌نشیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۱۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۴۱۶؛ صفایی، ۱۳۵۵، ص ۲۲۱). گرچه ممکن

است در شمول قاعدهٔ لاضرر بر زیان‌های معنوی تردید شود، اما با بررسی برخی مستندات اصل لاضرر، می‌توان گفت که خسارت معنوی نیز داخل در مدلول قاعده است. دقت در مقتضای صدورگونهٔ روایات اثبات‌کنندهٔ قاعدهٔ لاضرر (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۲۹۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ ق، ج ۱۸، ص ۱۰۶۸)، مؤید این ادعاست که مفهوم «ضرر» خسارت معنوی را نیز شامل می‌شود و انصرافی به ضرر مادی ندارد؛ بلکه مقتضای صدور آن در برخی روایات (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۲۹۲)، تنها ضرر معنوی است؛ هرچند دلالت آنها، اعم از ضرر مادی و معنوی است. افزون بر این، ضرر از مفاهیم عرفی است و نمی‌توان برای آن حقیقت شرعیه‌ای متصور بود (شاهرودی، ۱۴۱۷ ق، ص ۱۶۳) و ادعان برخی فقیهان (نابینی، ۱۳۷۳، ص ۱۹۸) به شمول عنوان ضرر بر خسارات وارد بر حیثیات و مصالح معنوی، مؤید این مدعاست. بنابراین می‌توان قاعدهٔ لاضرر را نیز یکی از مبانی فقهی حمایت از حریم خصوصی در نظام حقوقی اسلام دانست (قنوتی، جاور، صالحی کرهرودی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۷).

#### ۴-۲. قاعدهٔ فقهی «حفظ نظام»

در آثار فقهی، معانی مختلفی از جمله «سامان بخشیدن زندگی و معیشت مردم» (نابینی، ۱۴۲۴ ق، ص ۳۹-۴۰)، «کیان کشور اسلامی و مسلمین» (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ ق، ج ۲، ص ۳۲۷)، «حکومت یا رژیم سیاسی موجود»، «نظام اسلامی» و «یکی از خرده‌نظام‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی» از واژهٔ «نظام» قصد شده است (ملک‌افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ص ۳۹-۵۱). این مضمون از چنان اهمیتی در نظام حقوقی اسلام برخوردار است که می‌توان آن را به‌عنوان یک قاعدهٔ مستقل بررسی کرد. اهتمام فقها به این مبنا را نیز باید در اهدافی جست که اسلام برای تأمین سعادت جوامع انسانی لازم می‌داند؛ چراکه از لوازم دستیابی به جامعه‌ای سالم و پویا، حفظ زندگی اجتماعی از هرج‌ومرج و تشتت است. با اینکه از ادلهٔ نقلی مؤیدات متعددی در مشروعیت این قاعده قابل استناد است، لکن دلیل عقل را باید اصلی‌ترین مستند قاعدهٔ حفظ نظام دانست؛ زیرا نیل به زندگی مطلوب در دنیا و رشد و تکامل مادی و معنوی، جز در سایهٔ حفظ نظام معیشت جامعه و تنظیم روابط اجتماعی میسر نیست (شریعتی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۹). برخی فقها در استدلال‌های خود دربارهٔ احکام فرعی فقهی، ضمن اشاره به اینکه اخلال در نظام اجتماعی در زمرهٔ مفاسد بزرگ محسوب می‌شود، به این قاعده به‌عنوان عامل محدودکننده و رافع حکم و جوب، استناد کرده‌اند. برای مثال، در توجیه «عدم جواز تمسک به اقدام قهری برای انجام فریضهٔ امر به معروف و نهی از منکر»، وجوب حفظ نظام و اجتناب از هرج‌ومرج را دلیل حکم خود قرار داده‌اند (منتظری، ۱۴۰۹ ق، ج ۱، ص ۲۶۸).

بر این اساس می‌توان قاعدهٔ حفظ نظام را مبانی «مشروعیت و صیانت از حریم خصوصی» قلمداد کرد؛ با این توضیح که یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌هایی که در انتظام بخشیدن به زندگی جمعی نقش بسزایی دارد، «امنیت روانی در پرتو مصونیت از تعرض به محرمانگی‌های افراد» است. اخلال در این باره نیز به حسب خود، مفاسدی را به‌دنبال دارد. در واقع، امکان انجام مداخلات خودسرانه در حوزهٔ خصوصی زندگی افراد، با مفاد قاعدهٔ حفظ نظام در تعارض است؛ زیرا تحصیل

محتوای قلمرو محرمانه زندگی افراد و همچنین اشاعه و انتشار اطلاعات خصوصی آنها، امنیت روانی را مخدوش می‌کند و در نتیجه، تزلزل در روابط اجتماعی را در پی دارد. در حقیقت، مداخله خودسرانه در حریم خصوصی افراد و انتشار اطلاعات محرمانه زندگی ایشان، مستقیماً نظم عمومی جامعه را از حیث اخلاقی، فرهنگی و عفت عمومی - که در اصطلاح حقوقی «اخلاق حسنه» خوانده می‌شود - خدشه‌دار می‌کند (اکبری بابوکانی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹).

### ۳. تضمین حریم خصوصی در فقه امامیه در پرتو «تحریم عوامل نقض»

مهم‌ترین بخش از راهبرد نظام فقه امامیه در صیانت از قلمرو خصوصی افراد، تحریم رفتارهایی است که موجب مداخله نامشروع است. در ادامه، این موضوع در دو فصل بررسی می‌شود.

#### ۳-۱. تحریم نقض حریم خصوصی در ساحت «تحصیل اطلاعات»

##### ۳-۱-۱. حرمت تجسس از حریم خصوصی

«تجسس» در لغت به معنای تفتیش از بواطن امور، تفحص از عورات دیگران (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۶ ص ۳۸) و در پی به دست آوردن اخبار دیگران برآمدن، به کار رفته است (بستانی، ۱۳۷۵، ص ۲۰۹). برخی آن را مرادف «تجسس» دانسته و برخی میان این دو کلمه فرق گذاشته و گفته‌اند: تجسس با انگیزه شر انجام می‌پذیرد و تجسس خبرجویی به انگیزه خیر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۱ ق، ج ۷، ص ۲۸۵). تفتیش و تجسس از عیوب و اسرار دیگران، در آیات و روایات متعددی ممنوع اعلام شده است. در آیه ۱۲ سوره حجرات، پس از نهی از سوءظن، تجسس در احوال مردم منع شده است. این ممنوعیت، در روایات متعددی نیز مورد تأکید معصومین علیهم‌السلام قرار گرفته است.

تجسس، از آن جهت به حریم خصوصی مربوط است که موضوع آن نوعاً امور پنهانی و محرمانه افراد است و می‌توان گفت که در پرتو این آیه، حفظ حریم مردم و نگهداری اسرار آنان واجب شمرده شده و تجسس از مسائل درونی زندگانی و رفتار پنهانی آنان حرام است (منتظری، ۱۴۰۹ ق، ج ۴، ص ۲۹۹)؛ همچنین تعقیب معاصی پنهان و تجسس از آن نیز جایز نیست (همان، ج ۳، ص ۴۳۵).

##### ۳-۱-۲. حرمت استراق سمع و بصر

در لغت، «استراق» به دزدیده کاری کردن، معنا شده است (معین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۴۷). «استراق سمع» به معنای گوش دادن مخفیانه به سخن دیگری (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۵۹) و «استراق بصر» نیز زیر نظر گرفتن دیگری به صورت مخفیانه است. ممکن است مکالمات، مکاتبات و انحصار ارتباطات و اطلاعات فرد، از طریق استراق سمع و نظارت پنهانی، پایش و رهگیری شود.

برخی آیات قرآن کریم زنان و مردان را از چشم‌چرانی و نگاه‌های هوس‌آلود بر حذر داشته است (نور: ۳۱ و ۳۰).

همچنین آیاتی که از ورود بدون استیذان به منزل و استراحتگاه افراد (حریم خصوصی مکانی) منع می‌کند، در این زمینه قابل استناد است. در احادیث روایت شده از معصومین علیهم‌السلام نیز برای مضمین تأکید شده است؛ چنان‌که در برخی جوامع حدیثی، ذیل بابی با عنوان «حرمت نگاه به زنان نامحرم و موهای آنان»، تلاش برای سرک کشیدن به منازل دیگران و تعقیب عیوب ایشان مذمت شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۰، ص ۱۹۵). فقهای معظم نیز در موارد متعددی حکم به عدم جواز نگاه مخفیانه به حوزه خصوصی دیگران را صادر کرده‌اند؛ تاجایی که گفته شده است، اگر کسی بر نگاه پنهانی به قلمرو خصوصی دیگران اصرار داشته باشد، دفع او جایز است و اگر دفع مزاحم موجب وارد آمدن خسارتی بر او شود، ضمانی بر عهده مهاجم نیست (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱، ص ۴۹۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹، ص ۳۵۲؛ حرعاملی، ۱۴۲۷ ق، ج ۹، ص ۴۳۶).

شنود پنهانی مکالمات دیگران نیز حکم استرق بصر را دارد. در روایات وارده درباره حریم خصوصی ارتباطاتی افراد آمده است: «اگر کسی به سخنان و مکالمات دیگران بدون رضایت ایشان گوش سپارد، در قیامت در گوش او سرب گذاخته ریخته می‌شود» (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۲، ص ۴۵۴؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۷، ص ۹۸). این مضمون نیز به صراحت بر قیح این اقدام دلالت دارد.

## ۲-۳. تحریم نقض حریم خصوصی در ساحت «انتشار اطلاعات»

### ۱-۲-۳. حرمت افشای سرّ و آشکار کردن امور پنهانی افراد

«سرّ» در لغت به معنای آن چیزی است که کتمان می‌گردد (جوهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۸۱) و از دیگران پنهان داشته می‌شود (ابن منظور، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۵۶). افشای سرّ نیز به معنای علنی ساختن امور مکتومی است که با آشکار شدن آن، آبروی افراد در معرض تهدید قرار می‌گیرد یا به آنان آزار می‌رساند.

آشکار ساختن عیوب یا برملا ساختن مسائل پنهانی دیگران که مصداق بارز نقض حریم خصوصی است، در مضمین روایی به خیانت در امانت تعبیر شده است (واسطی، ۱۳۷۶، ص ۴۴۶). این رفتار، از آن روی مذموم است که از منظر اسلام، آبرو و عرض افراد از احترام زیادی برخوردار است؛ تا آنجا که شأن مؤمن و مقام او، از برخی مقدسات، همچون کعبه نیز با ارزش‌تر معرفی شده است (ابن بابویه، ۱۳۶۲، ص ۲۷). بر این اساس، در آموزه‌های اسلامی توصیه شده است که در صورت آگاهی از مسائل خصوصی دیگران، افراد به حفظ آبرو و عدم تعرض به حیثیت معنوی ایشان مکلف شده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۲، ص ۱۲۰).

اقدام به علنی کردن اسرار و عیوب دیگران، گاهی تحت عناوین دیگری نیز تحریم شده است. برای نمونه، وقتی موضوع افشای امور پنهانی دیگران، گناه کبیره و اعمال منافی عفت باشد، این کار مصداق اشاعه فحشاست که در آیه ۱۹ سوره نور، مرتکب آن مستحق عذاب دنیوی و اخروی دانسته شده است. در روایتی از امام صادق علیه‌السلام نیز نقل شده

است: «باری تعالی افرادی را به دلیل بیان اسرار و انتشار آن سرزنش می‌کند؛ تا آنجا که می‌فرماید: «وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهِ» (نساء: ۸۳) سپس فرمود: اسرار را فاش نسازید». مفاسدی که اشاعه فحشا برای فرهنگ عمومی به دنبال دارد، باعث شده است که حتی با وجود رضایت مرتکب گناه کبیره، حکم حرمت آن تغییر نکند.

## ۲-۲-۳. حرمت غیبت

غیبت و تجسس، هر دو نوعی عیب‌جویی‌اند و از این جهت از مصادیق نقض حریم خصوصی به شمار می‌آیند؛ لکن در تجسس، عیب برای تجسس‌کننده آشکار می‌گردد و در غیبت برای دیگران فاش می‌شود (جعفری، ۱۳۹۶، ص ۳۲۶). غیبت در شمار ردایل اخلاقی است و به‌موجب آن امکان دارد برخی اطلاعات محرمانه افراد منتشر شود. در تبیین مناط غیبت، از امام صادق علیه السلام روایت شده است: «غیبت آن است که درباره برادر خود چیزی را نقل کنی که خداوند آن را پنهان داشته باشد» (علامه مجلسی، بی‌تا، ج ۷۲، ص ۲۵۸). با توجه به اینکه موضوع حریم خصوصی احوال محرمانه‌ای است که فرد به اعلان آن رضایت ندارد، به‌وضوح می‌توان نسبت نقض حریم خصوصی و غیبت را دریافت. فقها به اتفاق و با استناد به ادله اربعه، غیبت را حرام می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ص ۱۵۸). در استدلال به حرمت این گناه کبیره، به آیه ۱۲ سوره حجرات استناد می‌شود. تمثیل غیبت به خوردن گوشت برادر مؤمن، بیانگر کبیره بودن این گناه و تأکید جدی است که بر اجتناب از آن وجود دارد (شاهرودی، ۱۴۲۶ ق، ج ۱، ص ۱۸۵). از مجموع آنچه گفته شد، چنین برداشت می‌شود که سیاست کیفری اسلام در تحریم رفتارهای موجب نقض حریم خصوصی، علاوه بر اقداماتی که در راستای اطلاع از امور خصوصی افراد انجام می‌گیرد، شامل منتشر ساختن لغزش‌ها و عیوب افراد نیز می‌شود. با اینکه در این مجال به بررسی ادله حرمت غیبت و افشای سر بسنده شد، می‌توان به رفتارهای دیگری هم که شارع مقدس با تحریم آنها حمایت از حریم خصوصی را تقویت کرده است، اشاره کرد؛ مانند حرمت عناوینی چون سب، کذب، نمیمه (حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۲، ص ۱۴۴) و کذب (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۲۲) که هر یک به‌گونه‌ای موجب افشای اطلاعات خصوصی افراد است.

## ۴. تضمین حریم خصوصی افراد در فقه امامیه در پرتو «تعیین ضمانت اجرای متناسب»

حقوق دانان در تعریف مفهوم «ضمانت اجرا» آن را عکس‌العمل قانونی دانسته‌اند که در قبال تخلف از یک دستور قانونی مطرح می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص ۵۵۱). به بیان دیگر، به منظور حصول اطمینان از اجرایی شدن قواعد و مقررات حقوقی، تدابیری لازم است که به‌موجب آن واکنش مناسبی در صورت تخطی از چهارچوب‌ها و هنجارهای حقوقی اعمال شود. از همین رو پیش‌بینی کیفر متناسب، برای برخورد با افراد خاطی، به منظور تضمین حریم خصوصی افراد، امری اجتناب‌ناپذیر محسوب می‌شود. در این زمینه، پرسش قابل طرح این

است که در صورت تخطی از حکم تکلیفی حرمت نقض حریم خصوصی، آیا می‌توان متخلف را واجد مسئولیت کیفری دانست یا خیر؟ به بیان دیگر، مفاد ادله شرعی که بر حرمت نقض حریم خصوصی دلالت دارند، تنها بر حکم تکلیفی حرمت حکم می‌کند یا علاوه بر آن بر حکم وضعی ضمان نیز دلالتی دارند؟

حول ماهیت حکم وضعی و کیفیت استنباط آن، اختلاف دیدگاه‌هایی در نزد اصولیون مطرح است. عده‌ای همچون شیخ انصاری بر این عقیده‌اند که حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود؛ به این معنا که شارع مقدس اولاً و بالذات، به جعل حکم تکلیفی اقدام می‌کند و ثانیاً و بالعرض از آن حکم تکلیفی، حکم وضعی انتزاع می‌شود (سمیعی، ۱۳۸۷، ج ۱۰، ص ۲۵۵-۲۵۶). بر اساس این نظر، می‌توان از حکم حرمت نقض حریم خصوصی، ضمان فرد نقض‌کننده حریم خصوصی را انتزاع کرد و حسب مورد، او را واجد مسئولیت مدنی یا کیفری دانست. در مقابل این نظر، برخی اعتقاد دارند که حکم وضعی، به صورت استقلالی از ناحیه شارع وضع شده است و بین حکم وضعی و تکلیفی ملازمه‌ای برقرار نیست. به موجب این نظر، ضامن دانستن ناقض حریم خصوصی به عنوان یک حکم وضعی، قابل انتزاع از حکم تکلیفی نیست و مستلزم جعل مستقل از ناحیه شارع است. بر این اساس، برخی از احکام وضعیه را شرع مقدس جعل کرده است و برخی هم از جانب عقلا جعل می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ ق، ج ۱، ص ۶۲). به نظر می‌رسد که مبتنی بر دیدگاه دوم نیز می‌توان به مسؤل بودن ناقض حریم خصوصی اعتقاد داشت؛ زیرا عقلا بعد از آنکه به حرمت نقض حریم خصوصی حکم می‌کنند، فرد متعرض به قلمرو محرمانه زندگی افراد راضامن می‌دانند.

علاوه بر استدلال فوق، از مفاد برخی قواعد کلی، چون قاعده احترام - که پیش‌تر بررسی شدند - می‌توان حکم وضعی را استنباط کرد؛ چنان که برخی فقها معتقدند به موجب این قاعده نمی‌توان برای حقوق دیگران، اعم از حقوق مادی و معنوی، ایجاد مزاحمت کرد و در صورت تعرض، متعرض باید خسارت را جبران کند (مکارم‌شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۲۱۸). در خصوص قاعده لاضرر نیز این امر صادق است. در توجیه این دیدگاه گفته می‌شود که اعتقاد به «عدم ضمان فرد ناقض حریم خصوصی»، خود یک حکم ضرری است و چون قاعده لاضرر هرگونه حکم ضرری را نفی می‌کند، شخص متعرض به حقوق دیگران ضامن محسوب می‌شود (قنواتی، جاور، صالحی کرهرودی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۲۲۷).

این ضوابط فقهی و اصولی که مثبت ضمان فرد ناقض حریم خصوصی است، در آرای فقها نیز در قالب کیفرهای سخت‌گیرانه‌ای انعکاس پیدا کرده که خود نشانگر اهتمام نظام حقوقی اسلام بر ایمن‌سازی حوزه خصوصی زندگی افراد از تعرض متمدین است؛ از جمله در اقوال فقها مشهور است که منع و دفع کسی که در پی کسب اطلاع از امور خصوصی دیگران است، جایز می‌باشد و در صورت وارد آمدن جنایتی بر او، ضمانتی بر عهده مهاجم نیست (شهیدثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹، ص ۳۵۲). امام خمینی ره در این باره می‌گوید: «کسی که در پی اطلاع از عیوب قومی باشد تا به آنچه که از ایشان برای او حرام است، نظر اندازد، پس آنها حق دارند که او را منع کرده و از

او جلوگیری کنند؛ بلکه دفع او واجب است؛ و اگر از این کار منصرف نشد، دفع او با زدن و مانند آن جایز است. اگر باز هم منصرف نشد، می‌توانند با سنگ‌ریزه یا غیر آن، حتی با پرتاب چیزهایی که کشنده است، او را دفع کنند؛ و اگر جنایتی بر او وارد شود، خون او هدر می‌باشد» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۹۱).

## نتیجه‌گیری

مصونیت حریم خصوصی شهروندان از تعرض و پایش اغیار، علاوه بر اینکه اعتبار عقلایی محسوب می‌شود که پیوسته در جوامع انسانی محترم بوده، در شریعت مقدس اسلامی در مراتب مختلف مورد حمایت واقع شده است. در مقام تبیین تدابیر سنت فقهی در تضمین حق یاد شده، اجمالاً می‌توان چهار بُعد را بررسی کرد. بُعد نخست، مجموعه راهبردهایی است که از نقض حریم خصوصی شهروندان پیشگیری کند. این راهبردها، هم شامل تدابیر بازدارنده از نقض حریم خصوصی «خود» می‌شود و هم تدابیر بازدارنده از نقض حریم خصوصی «دیگری» را دربرمی‌گیرد. در مورد نخست، «حکم‌نگاری» برخی مصادیق نقض حریم خصوصی در شریعت مقدس، مانع از تأثیر اراده انشایی فرد برای رفع وصف محرمانگی می‌شود. مورد دوم نیز شامل ایجاد اصلاحات بنیادین در ساختار شخصیتی افراد با طرح دستورات اخلاقی گوناگون، تشریح احکام اجتماعی کنترل‌کننده و نهایتاً سیاست بزه‌پوشی و رویکرد سخت‌گیرانه در اثبات جرایم منافی عفت می‌گردد. بُعد دوم از راهبرد فقه امامیه در حمایت از حریم خصوصی افراد، مجموعه قواعد کلی است که با تمسک به عموم آنها می‌توان ممنوعیت نقض حریم خصوصی شهروندان را استنباط کرد. قواعد فقهی نظیر احترام، لاضرر، عدم ولایت و حفظ نظام، در زمره این قواعد هستند. علاوه بر این عموماً، در بُعد سوم، تحریم اقداماتی که به نقض حریم خصوصی می‌انجامد، حمایت از حق یاد شده را در فقه امامیه تقویت کرده است. ممنوعیت و حرمت تجسس، استراق بصر، شنود پنهانی، افشای اسرار و کلیه رفتارهایی که موجب تحصیل و انتشار اطلاعات خصوصی شهروندان می‌شوند، برخی از این مصادیق به‌شمار می‌آیند. نهایتاً بُعد چهارم حمایت از حق حریم خصوصی در فقه امامیه، شامل تعیین کیفر و عکس‌العمل قانونی در مقابل ناقضین به قلمرو خصوصی زندگی شهروندان است.

منابع

- آقابابایی، حسین، ۱۳۹۶، *حریم خصوصی در حقوق کیفری اسلام*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. آماده، مهدی، ۱۳۹۵، *حمایت از حریم خصوصی*، تهران، نشر دادگستر.
- ابن ابی جههور، محمدبن علی، ۱۴۰۵ ق، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیّه*، قم، دار سید الشهداء للنشر. ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۳۶۲، *الخصال*، قم، جامعه مدرسین.
- ابن منظور، محمدبن مکرم، ۱۴۱۴، *لسان العرب*، چ سوم، بیروت، دار صادر.
- احمدی میانجی، میرزا علی، ۱۳۹۳، *اطلاعات و تحقیقات در اسلام*، چ سوم، تهران، دادگستر.
- اسکندری، مصطفی، ۱۳۹۰، *حکومت اسلامی و حریم خصوصی*، قم، پژوهشگاه اندیشه سیاسی اسلام.
- اصفهانی، محمد حسین کمپانی، ۱۴۱۸ ق، *رساله فی تحقیق الحق و الحکم*، قم، أنوار الهدی.
- انصاری، سید مرتضی، ۱۴۱۱، *المکاسب المحرمه*، قم، منشورات دارالذخائر.
- \_\_\_\_، ۱۴۱۶ ق، *فرائد الأصول*، چ پنجم، قم، جامعه مدرسین.
- بروجردی، آقا حسین، ۱۳۸۶، *جامع احادیث الشیعہ*، تهران، فرهنگ سبز.
- بستانی، فواد افرام، ۱۳۷۵، *فرهنگ ابجدی*، چ دوم، تهران، نشر اسلامی.
- بصری بحرانی، زین‌الدین، ۱۴۱۳ ق، *کلمه التقوی*، چ سوم، قم، سید جواد وداعی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۵، *دانشنامه حقوقی*، چ چهارم تهران، گنج دانش.
- جعفری، علی، ۱۳۹۶، *بررسی فقهی حقوقی ماهیت و مبانی حریم خصوصی اطلاعات*، قم، پژوهشگاه باقرالعلوم.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، بی‌تا، *اصحاح*، بیروت، دارالعلم للملایین.
- حر عاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۹ ق، *وسائل الشیعہ*، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- حسینی، عبدالرحیم، ۱۳۸۷، *رساله‌ای در باب حق و حکم*، تهران، نشر بین‌الملل.
- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ ق، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- حلی، جمال‌الدین، ۱۴۰۷ ق، *فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- خسروپناه، عبدالحسین، ۱۳۹۶، *منظومه فکری آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای*، چ سوم، تهران، فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- رشادتی، جعفر، ۱۳۹۰، *پیش‌گیری از جرم در قرآن کریم*، تهران، پیام راشده.
- سبحانی، جعفر، ۱۳۹۷، *سیمای انسان کامل در قرآن*، چ سوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- سروش، محمد، ۱۳۹۳، *مبانی حریم خصوصی بر اساس منابع اسلامی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- سمیعی، جمشید، ۱۳۸۷، *ترجمه متن و شرح کامل رسائل شیخ انصاری*، چ چهارم، اصفهان، خاتم‌الانبیاء.
- شاهرودی، سید محمود، ۱۴۱۷ ق، *مقالات فقهیه*، بیروت، مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیه.
- \_\_\_\_، ۱۴۲۶ ق، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- شریعتی، روح‌الله، ۱۳۸۷، *قواعد فقه سیاسی*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۱۴۱۰ ق، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، کتابفروشی داوری.
- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۲۰ ق، *ماوراء‌الفقه*، بیروت، دارالاصواء للطباعة و النشر.
- \_\_\_\_، ۱۴۲۰ ق، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، داراصادقین للطباعة و النشر.
- صفایی، حسین، ۱۳۵۵، *مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی*، تهران، مرکز تحقیقات.
- طباطبائی، سید محمدحسین، ۱۳۷۴، *تفسیر المیزان*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.



- ، ۱۴۱۷ق، *تفسیر المیزان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ق، *تهذیب الأحکام*، چ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- علامه مجلسی، محمد باقر، بی تا، *بحار الانوار*، بیروت، مؤسسۀ الوفا.
- علی اکبری بابوکانی، احسان، ۱۳۹۱، *تجسس از حریم خصوصی افراد در فقه امامیه*، تهران، دانشگاه امام صادق.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۶، *قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)*، تهران، انتشارات سمت.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، ۱۴۰۶ ق، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی.
- قرشی، علی اکبر، ۱۳۷۱، *قاموس قرآن*، چ ششم، تهران.
- قزوینی، سید علی موسوی، ۱۴۳۴ ق، *ینایع الاحکام فی معرفه الحلال والحرام*، قم، دفتر نشر اسلامی.
- قنوتی، جلیل، جاور، حسین، ۱۳۹۰، «حریم خصوصی؛ حق یا حکم»، *حقوق اسلامی*، ش ۳۱، ص ۷-۳۳.
- ، ۱۳۹۰، «مبنای احترام در شناسایی و حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات»، *حقوق اسلامی*، ش ۲۹، ص ۳۳-۶۰.
- قنوتی، جلیل؛ جاور، حسین، صالحی کرهرودی، شاهرخ، میان کنش قاعده لاضرر و حریم خصوصی خانواده، *مطالعات حقوقی*، ش ۲، ص ۱۲۵-۱۵۳.
- قیاسی، سید جلال الدین، ۱۳۸۶، *مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- کعبی، عباسعلی، ۱۳۹۴، *تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران*، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان.
- کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ ق، *کافی*، چ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- لیثی واسطی، علی بن محمد، ۱۳۷۶، *عیون الحکم والمواعظ*، قم، دارالحدیث.
- محسنی، فرید، ۱۳۸۹، *حریم خصوصی اطلاعات*، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۸۵، *قواعد فقه*، چ چهاردهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- معین، محمد، ۱۳۸۸، *فرهنگ فارسی*، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۰، *القواعد الفقهیه*، چ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- ، ۱۴۲۱ ق، *الأمنل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب.
- ، ۱۳۷۴، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ، ۱۴۲۷ ق، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.
- ملک افزلی اردکانی، محسن، ۱۳۹۶، *قاعده حفظ نظام*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ملکی اصفهانی، مجتبی، ۱۳۷۹، *فرهنگ اصطلاحات اصول*، قم، نشر عالمه.
- منتظری نجفآبادی، حسینعلی، ۱۴۰۹ ق، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمۀ محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، مؤسسۀ کیهان.
- موسوی بجنوردی، محمد، ۱۴۰۱ ق، *قواعد فقهیه*، چ سوم، تهران، مؤسسۀ عروج.
- موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۷۸، *صحیفه امام*، تهران، مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ، ۱۴۱۵ ق، *المکاسب المحرمه*، قم، مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ، ۱۴۲۵ ق، *تحریر الوسیله*، ترجمۀ علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، محمدحسین، ۱۴۲۴ ق، *تنبیہ الأمه و تنزیه المله*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.



## تأثیر شیوه انتصاب قضات بر استقلال دادگاه قانون اساسی آلمان

علی محمد فلاح زاده / استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی

maziarkhademii@gmail.com

کلیدواژه‌ها: مازیار خادمی / دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۱۸ - پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۵

### چکیده

در این مقاله به بررسی تأثیر شیوه انتصاب قضات دادگاه قانون اساسی آلمان بر استقلال این نهاد پرداخته‌ایم. این نوشتار به‌روش کتابخانه‌ای درصدد پاسخگویی به این پرسش است که دامنه و نحوه مشارکت ارگان‌های متعدد در انتخاب قضات دادگاه‌های صیانت‌کننده از قانون اساسی در آلمان، چه تأثیری بر استقلال این نهاد داشته است؟ هدف از نگارش، استفاده از یافته‌های تحقیق تطبیقی در جهت ارتقای استقلال اعضای حقوق‌دان شورای نگهبان در ایران است. یافته‌های پژوهش این است که نظام حقوقی آلمان به‌گونه‌ای شایسته الگوی اکثریت پارلمانی را در نظام حقوقی خویش مستحیل کرده و با حذف عیوب بالقوه ناشی از سیاسی بودن فرایند انتخاب، و تضمین جنبه‌های گوناگون استقلال قضایی و با اتخاذ روش‌هایی چون دخالت بوندسرات (شورای فدرال در انتصاب قضات در جهت مشارکت نهادهای ایالتی)، اعمال اکثریت دو سوم به‌منظور امکان مشارکت احزاب مخالف و جلوگیری از ایجاد فضای انسداد سیاسی، توافقات غیررسمی بر تقسیم حق انتخاب اعضای دادگاه میان احزاب بزرگ، تفویض حق انتخاب به احزاب کوچک‌تر، ایجاد کمیته انتخاباتی دوازده‌نفری منتخب احزاب به‌منظور مشارکت فراگیر آنان و نیروهای جامعه در روند انتصاب قضات و همچنین الزام به انتخاب قضات دانشگاهی، تا حدود زیادی از استقلال این نهاد صیانت نموده است؛ به‌گونه‌ای که امروزه می‌توان آن را یکی از مستقل‌ترین و مؤثرترین نهادهای صیانت‌کننده از قانون اساسی نام برد.

کلیدواژه‌ها: شیوه انتصاب قضات، الگوی اکثریت قانونی، استقلال قضات اساسی، دادگاه قانون اساسی آلمان.

## مقدمه

دادرسی اساسی عمدتاً با دو شیوه اعمال می‌شود: شیوه قضایی و شیوه سیاسی. هرچند پیروی از الگوی جاری دادرسی اساسی می‌تواند روند استقلال نسبی نهادهای دادرسی اساسی را تضمین نماید، ولی در عمل تحقق اهداف ایجاد نهادهای نظارتی را نیز با توفیقی نسبی روبه‌رو خواهد کرد؛ چراکه با وجود احتمال اثرپذیری این نهادها از تصمیمات قوای سیاسی، تضمین منافع شهروندان و حمایت کامل از حقوق و آزادی‌های آنها در حاله‌ای از ابهام قرار خواهد گرفت (پروین، ۱۳۹۴، ص ۸۱). یکی از موضوعات مهم در ارتباط با نهادهای صیانت‌کننده از قانون اساسی، استقلال آن و مصون بودن آن‌ها از فشارهای ارگان‌های سیاسی و قوای دیگر حکومت است. یکی از کارکردهای اصلی این نهادها قضاوت است؛ از این‌رو در برخی از نظام‌های حقوقی، نظیر آلمان و اتریش، عنوان دادگاه قانون اساسی را برای آنها برگزیده‌اند. استقلال قضاوت در دادگاه‌های قانون اساسی اهمیتی دوچندان دارد؛ زیرا با توجه به تصریح حقوق بنیادین افراد در قوانین اساسی و صلاحیت نظارت و حمایت از این حقوق توسط دادگاه یاد شده، ناگزیر به قضاتی مستقل نیاز است. در این راستا، چگونگی گزینش، و به‌طور خاص، تصمیم‌گیری نهادهای ذی ربط در زمینه نصب قضات، اثر مستقیمی بر کیفیت کار آنها دارد. هرچه روش گزینش صحیح‌تر، و ضوابط آن دقیق‌تر و به‌دور از ملاحظات سیاسی صورت گیرد، قضات شایسته و با استقلال بیشتری انتخاب می‌شوند. در صورت عدم استقلال قضات، ممکن است حقوق بنیادین و اولیة افراد در ذیل عنوان رعایت مصالح سیاسی قربانی شود. از سوی دیگر، استقلال دادگاه تأثیر مستقیمی بر مشروعیت آن نیز دارد؛ چراکه به‌منظور اجرای کارآمد و وظیفه‌خطیر نگرهبانی از حقوق اساسی ملت، شهروندان باید به توانایی‌های دادگاه‌های قانون اساسی در انجام وظایفش به‌صورت بی‌طرفانه و مستقل اعتماد داشته باشند.

فرایند انتصاب قضات دادگاه قانون اساسی آلمان، از الگوی اکثریت پارلمانی بهره می‌برد. دادگاهی که به عقیده برخی از صاحب‌نظران، یکی از قدرتمندترین و تحسین‌برانگیزترین دادگاه‌های قانون اساسی در جهان محسوب می‌شود (هایلیبرونر، ۲۰۱۴، ص ۶۲۶). مطالبی که تاکنون درباره دادگاه قانون اساسی آلمان به نگارش درآمده‌اند، اغلب بر وظایف و صلاحیت‌ها و ساختار دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان اشاره داشته‌اند (ر.ک: خلف رضایی، ۱۳۹۲)؛ اما در زمینه چگونگی و الگوی حاکم بر انتصاب اعضا، به تفصیل بحث و بررسی نشده است. این موضوع از این جهت پراهمیت است که برای ارزیابی کارکرد مناسب این نهاد باید نحوه انتخاب قضات آن، که رابطه مستقیمی با استقلال و مشروعیتش دارد، مستقلاً بررسی شود؛ چراکه بدون آن، تنها بر ظاهر امر حکم کرده‌ایم. در این مسیر، بررسی فرایند انتخاب اعضای دادگاه قانون اساسی می‌تواند مشخص سازد که به چه میزان نوع الگوی انتخاب اعضا در موفقیت این دادگاه تأثیرگذار بوده است. با توجه به این امر که نهاد نگرهبان قانون اساسی در ایران، در انتخاب نیمی از اعضای خود (حقوق دانان) از الگوی مشابه آلمان بهره برده است، نتایج این تحقیق می‌تواند در جهت ارزیابی اعمال الگوی جاری

انتخاب حقوق دانان شورای نگهبان، و میزان کارایی این نهاد به کار رود. از این رو این نوشتار درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که دامنه و نحوه مشارکت ارگان‌های متعدد در انتخاب قضات دادگاه‌های صیانت‌کننده از قانون اساسی، چه تأثیری بر استقلال این نهاد در کشور آلمان داشته است؟

بنابراین ابتدا پس از بیانی مختصر دربارهٔ ضرورت استقلال قضات دادگاه قانون اساسی و الگوهای انتصاب آنان، الگوهای اکثریت قانونی و اوصاف آن را توضیح می‌دهیم و در پی آن، نظام حقوقی آلمان را - که از این الگو بهره برده است - را در سه بخش آیین انتصاب رسمی و غیررسمی در پارلمان، و مرحلهٔ اجرا شدن آن، توضیح خواهیم داد و سرانجام تأثیر الگوهای تعریف‌شده را در نظام حقوقی این کشور، با نگاهی به پارادایم‌های اصلی الگوی اکثریت قانونی تحلیل می‌کنیم.

### ۱. الگوی اکثریت پارلمانی انتخاب قضات دادگاه قانون اساسی: اوصاف و ویژگی‌ها

در نظام‌های حقوقی، بسترهای سیاسی - اجتماعی و حیات تاریخی جامعه، دامنه و نحوه دخالت ارگان‌ها در انتخاب قضات دادگاه قانون اساسی را طرح‌ریزی می‌کند. ارتباط میان مقام‌گزینش‌گر و انتصاب قضات اساسی، دو الگوی اصلی را تشکیل داده است. الگوی نهاد واحد و الگوی نهاد مختلط. یکی از شاخه‌های الگوی دوم، الگوی حاکمیت پارلمانی است. این الگو نقش پراهمیتی برای پارلمان قائل شده است؛ بدین گونه که انتخاب و تصویب نهایی قضات دادگاه قانون اساسی با این نهاد است (گارلیکی، ۲۰۰۲، ص ۲۶۸). در ادامه به تشریح الگوی اکثریت قانونی که مورد تبعیت آلمان قرار گرفته است، خواهیم پرداخت.

در الگوی اکثریت قانونی، قوه مقننه کنترل اصلی را بر فرایند انتخاب قضات بر عهده دارد و بسته به نوع سیستم سیاسی کشورها، یک یا هر دو مجلس پارلمان در این انتخاب می‌توانند ایفای نقش کنند. خصوصیت بارز و متمایز این الگو، نیاز اعضای پیشنهادی دادگاه به رأی اکثریت مطلق اعضای پارلمان برای انتصاب است. کشورهای پیرو این الگو، در برخی موارد، اعمال صلاحیت فوق را به گروه‌های درون پارلمانی، مانند کمیتهٔ فرعی دائمی مجلس یا کارگروه‌های موقتی، تفویض می‌کنند (سادورسکی، ۲۰۰۹، ص ۵۸).

یک از موارد بحث‌برانگیز ناشی از اعمال الگوی مذکور، انتخاب قضات دادگاه قانون اساسی توسط نهادی است که باید در آینده، اساسی بودن یا نبودن مصوبات نهاد گزینش‌گر خود را اعلام دارند که این امر می‌تواند به وابستگی و عدم استقلال دادگاه در برابر پارلمان منجر شود. همچنین از سوی دیگر، مذاکرات غیررسمی و پشت پردهٔ احزاب سیاسی برای توافق بر سر نامزدهای مورد نظر، می‌تواند به حاشیه رانده شدن اصل تناسب و تعادل ناشی از فراگیری دادگاه، از همهٔ احزاب موجود در پارلمان بینجامد؛ چراکه عموماً این احزاب سنتی و ریشه‌دار پارلمان در مذاکرات ید بالا و برتر را دارند و نظریات آنان بیشتر بر کرسی خواهد نشست. البته ضرورت و نیاز به تعیین افرادی

که دارای صلاحیت‌های علمی لازم برای قضاوت در دادگاه باشند (که عموماً از خارج از پارلمان‌اند) و همچنین پاسخگویی پارلمان به مطالبات عمومی در مورد توجیه و چرایی انتخاب، می‌تواند این نقیصه را جبران سازد. در این میان، هدف اصلی این نیست که فرد دارای خط مشی سیاسی خاصی نباشد، بلکه تمام تلاش بر این است که فرد بدون هر گونه فشار یا دخالتی از جانب نهادهای سیاسی یا سایر بازیگران خارجی به انجام وظایف خویش بپردازد (ولکانوس، ۲۰۰۷، ص ۳۶۴). هدف انتصابات قضات اساسی در این الگو، تضمین مشروعیت دمکراتیک انتصابات قضایی، از طریق اطمینان از امکان نمایندگی دادگاه از احزاب و گروه‌های متعدد است.

## ۲. آیین انتصاب قضات دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان

دادگاه قانون اساسی آلمان از دوازده عضو به صورت دو شعبه جداگانه تشکیل یافته است. نیمی از اعضای دادگاه توسط مجلس ملی فدرال (بوندستاگ) و نیمی دیگر توسط مجلس ایالات (بوندسرات) انتخاب می‌شوند. در این قسمت به بیان آیین انتصاب قضات اساسی، چگونگی اعمال آن در هر یک از دو مجلس فدراسیون و همچنین آیین غیررسمی شکل گرفته مربوط به این انتخاب خواهیم پرداخت.

### ۲-۱. آیین انتصاب در قانون دادگاه

در هر شعبه دادگاه، هشت قاضی با یک دوره زمانی دوازده‌ساله تجدیدنپذیر خدمت می‌کنند. دست‌کم سه قاضی باید از قضات دادگاه‌های عالی فدرال انتخاب شوند و در آن دادگاه‌ها دست‌کم به مدت سه سال خدمت کرده باشند. نیمی از قضات هر یک از دو شعبه توسط بوندستاگ و نیمی دیگر توسط بوندسرات انتخاب می‌شوند. هنگامی که افراد مورد نظر توسط پارلمان انتخاب شدند، رئیس‌جمهور آنها را منصوب می‌کند (بخش دو (۱۰) قانون دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان). وزیر دادگستری آلمان نقش محدودی در انتصاب قضات به دادگاه قانون اساسی ایفا می‌کند و آن‌هم تنها از طریق تهیه و ارائه دو فهرست از نامزدهای احتمالی قضات به بوندستاگ و بوندسرات است. یکی از این فهرست‌ها، شامل نام کلیه قضات فدرال است که دارای شرایط انتخاب به قضاوت در دادگاه قانون اساسی هستند؛ و فهرست دیگر شامل نام همه نامزدهای معرفی شده برای انتصاب از سوی احزاب سیاسی است. با وجود این، قوه مقننه ملزم به تبعیت از این فهرست‌ها نیست (ونیک کامیشن، ۱۹۹۷، ص ۵).

### ۲-۲. آیین انتصاب در بوندستاگ

بوندستاگ قضات را به طور غیرمستقیم از طریق یک کمیسیون انتخاباتی دوازده‌نفره منصوب می‌کند. جلسات کمیسیون غیرعلنی برگزار می‌شود و اعضای کمیسیون مذکور با توجه به سیستم فهرست حزبی انتخاب می‌شوند؛

به طوری که احزاب سیاسی مخالف نیز به نسبت کرسی‌هایشان در پارلمان، نمایندگانی در این کمیته دارند. هر حزب می‌تواند فهرستی از نامزدهای بالقوه خود را به‌تهدایی یا با ائتلاف احزاب دیگر ارائه دهد. در عمل، اعضای منتخب این کمیته‌ها اغلب متخصصان حقوقی و رهبران احزاب و سیاستمداران برجسته‌اند و پس از انتخاب، جایگاه خود را تا پایان دوره تقنینی حفظ خواهند کرد که معمولاً چهار سال است. در کمیته، ابتدا قضات با اکثریت سه‌چهارم انتخاب می‌شدند؛ ولی در حال حاضر اکثریت دوسوم، یعنی حداقل هشت نفر از اعضای کمیته باید به یک نامزد رأی دهند تا به قضاوت در دادگاه قانون اساسی منصوب شود (کامرس، ۲۰۱۱، ص ۱۵۰).

### ۳-۲. آیین انتصاب در بوندسرات

بوندسرات قضات دادگاه قانون اساسی را با رأی حداقل دوسوم منصوب می‌کند. در عمل، یک کمیته مشورتی موقت بر نامزدهای مورد نظر، پیش از رأی‌گیری عمومی توافق می‌کنند. این کمیته عمدتاً از وزرای دادگستری ایالات و مقامات حزبی منتخب تشکیل می‌شود. انجام مذاکرات پیش از رأی‌گیری باعث می‌شود که از موفقیت نامزد قبل از رأی‌گیری کامل در بوندسرات مطمئن شوند. کمیته مشورتی مذکور همچنین در راستای همکاری با کمیته انتخاباتی بوندسرات عمل می‌کند تا از معرفی و انتخاب نامزد یکسان در هر دو مجلس جلوگیری شود (کامرس، ۱۹۷۶، ص ۱۱۷).

### ۴-۲. آیین انتصاب غیررسمی

از آنجا که سیاست‌های آلمان توسط دو حزب عمده، یعنی سوسیال دموکرات و حزب دموکرات مسیحی تعیین می‌شود، انتصابات نوعاً به‌سوی سهمیه‌گذاری حزبی گرایش پیدا کرده است. به‌هر حال منافع هر دو جناح سیاسی در انتخاب قضات این دادگاه در نظر گرفته شده است (خلف رضایی، ۱۳۹۲، ص ۲). حق وتوی به‌رسمیت شناخته‌شده برای هر یک از احزاب عمده، می‌تواند منجر به یک بن‌بست سیاسی و حقوقی شود. از این‌رو برای جلوگیری از این امر، توافقات غیررسمی در میان احزاب پارلمان گسترش یافته و به ضرورت سازش و تفاهم در این امر، به عنوان یک اصل نگاه شده است (ونبرگ، ۲۰۰۵، ص ۸۳). توافق غیررسمی وجود دارد که هر کدام از دو حزب مذکور، نیمی از اعضا را برای هر یک از شعب دادگاه قانون اساسی برگزینند. علاوه‌براین، کرسی‌های هر یک از شعب دادگاه را بین سه قاضی که از اعضای حزب است و یک قاضی که معمولاً به‌عنوان بی‌طرف در نظر گرفته شده است، تقسیم نمایند (به این معنا که فرد یاد شده در هیچ حزب سیاسی عضویت ندارد و عمدتاً از میان استادان دانشگاه برگزیده می‌شود). در طول سالیان متمادی، دو حزب سیاسی کوچک‌تر، یعنی حزب دموکرات آزاد و حزب اتحاد و سبزه‌ها موفق شدند که جایگاه و اهمیت خویش را در پارلمان، از طریق ائتلاف با یکی از احزاب اصلی تضمین کنند. به این صورت که حزب سوسیال دموکرات گاهی حق خود را برای معرفی نامزد مورد نظر به حزب دموکرات آزاد و حزب

مسیحی نیز به سبزه‌ها تفویض می‌نماید. با این حال، دیگر احزاب اقلیت، به ویژه حزب سوسیالیست چپ، به دلیل عدم وابستگی‌شان به احزاب بزرگ، از فرایند انتصاب جدا افتاده‌اند. عملاً با وجود نظام سهمیه‌گذاری حزبی، نیاز است که هر نامزد توسط اکثریت دوسوم هر یک از مجالس مقننه تأیید شود که این امر در راستای تعدیل نفوذ احزاب بر نامزدهایی است که انتخاب می‌کنند (اسکور، ۲۰۰۷، ص ۷۱). نیاز به اکثریت فوق به حفاظت از منافع اقلیت‌های حزبی نیز کمک خواهد کرد. همچنین این اطمینان را می‌دهد که هیچ نامزدی با خشمی سیاسی راست یا چپ افراطی به این سمت منصوب نخواهد شد (پاسکیونو و فرجان، ۲۰۰۴، ص ۱۶۷).

### ۳. الگوی انتصاب قضات دادگاه قانون اساسی آلمان در عمل

دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان به‌عنوان یک الگو برای دادگاه‌های قانون اساسی در دموکراسی‌های جدید و همچنین به‌عنوان یک عامل مهم تقویت دموکراسی بعد از جنگ جهانی دوم به‌شمار می‌رود. پس از شصت سال از تاریخ آغاز به کار دادگاه قانون اساسی، روند انتصاب قضات در مورد چگونگی دخالت احزاب سیاسی پارلمان، از قواعد رسمی و غیررسمی بهره برده است. با وجود این، در سال‌های اولیه (به‌ویژه در سال ۱۹۵۰م) دادگاه با چندین چالش بر سر راه استقلال خود مواجه شد که در پی آن، قواعد حاکم بر روند انتصاب اعضای دادگاه، ناگزیر دستخوش تغییر شد. یک نگاه به تاریخ اولیه دادگاه قانون اساسی درک مفیدی از استفاده از الگوی اکثریت قانونی را در عمل نشان خواهد داد.

در حالی که اولین انتصابات دادگاه قانون اساسی چندان محل بحث نبود، مقررات دادگاه قانون اساسی محل مناقشه قرار گرفت. اولین دولت پس از جنگ، به‌رهبوری صدر اعظم «آدناور» که از حزب دموکرات مسیحی برخاسته بود، مکرراً دادگاه را به دلیل دخالتش در سیاست مورد انتقاد قرار می‌داد. چالش صدر اعظم با دادگاه قانون اساسی در تصمیم‌گیری‌های گذشته دادگاه، مبنی بر اینکه برخی از سیاست‌های دولت برخلاف قانون اساسی‌اند، ریشه داشت؛ سیاست‌هایی مانند: تجدید تسلیحات آلمان بعد از جنگ و معرفی یک مرکز تلویزیونی تحت کنترل دولت (کامرس، ۱۹۷۶، ص ۱۲۸).

در اوایل سال ۱۹۵۰م، معاهده پیمان دفاع دسته‌جمعی اروپا محل مناقشه و اختلاف دو حزب دموکرات مسیحی و حزب مخالف آن، یعنی سوسیال دموکرات، قرار گرفت. مسیحیان دموکرات خواهان الحاق به این معاهده بودند که نیازمند همکاری دفاعی به‌وسیله ارتش آلمان بود (تجدید تسلیحات آلمان، یک جزء اصلی از سیاست خارجی اندریا بوده است)؛ اما حزب سوسیال دموکرات با معاهده فوق، با این استدلال که اتحاد دو آلمان را تقریباً غیرممکن می‌سازد و هم اینکه امتیازات زیادی را از آلمان غربی اخذ خواهد کرد، مخالفت نمود (ونبرگ، ۲۰۰۵، ص ۶۷-۶۸).

دو حزب سوسیال دموکرات و دموکرات مسیحی، دو دادخواست متفاوت در مدت زمان کوتاهی از یکدیگر به دادگاه قانون اساسی ارائه دادند. نخست در فوریه ۱۹۵۲م حزب سوسیال دموکرات درخواست کرد که یک بازبینی



اجمالی و اختصاری در شعبه اول دادگاه قانون اساسی انجام گیرد تا مشخص شود که آیا قانون اساسی اجازه مشارکت در دفاع نظامی را - که معاهده مقرر کرده است - را می‌دهد یا خیر؟ در آن میان، یک اعتقاد عمومی وجود داشت که شعبه اول توسط قضاتی اداره می‌شود که متمایل به سیاست‌های حزب سوسیال دمکرات بودند؛ در حالی که شعبه دوم، از قضات طرفدار حزب دمکرات مسیحی تشکیل شده بود. حزب مسیحی از اینکه شعبه اول به نفع حزب دمکرات رأی بدهد، واهمه داشت. بنا بر درخواست حزب دمکرات مسیحی در ژوئن ۱۹۵۲م، رئیس‌جمهور آلمان غربی از دادگاه (از هر دو شعبه به صورت کل) درخواست نظر مشورتی درباره آن معاهده را نمود. حزب مسیحی امیدوار بود که به دلیل وفاداری شعبه دوم به حزب آنها، جلسه کامل اعضا اکثریت مطلوب حزب را به وجود آورد و درخواست حزب سوسیال دمکرات را بی‌اثر سازد (ونبرگ، ۲۰۰۵، ص ۶۹).

شعبه اول دادگاه درخواست حزب سوسیال دمکرات را به این دلیل که نمی‌توانند معاهده‌ای را که هنوز تصویب نشده است، بازبینی و بر آن نظارت کنند، رد کرد. با وجود این، پس از تصویب معاهده، این حزب قصد داشت بار دیگر درخواست بازبینی را به دادگاه ارسال کند. از سوی دیگر، حزب دمکرات مسیحی سعی کرد که از درخواست رقیب در دادگاه جلوگیری کند. از این رو در دسامبر ۱۹۵۲م - فوراً بعد از تصویب معاهده به وسیله بوندستاگ - درخواستی را نزد شعبه دوم، که هوادار حزب آنها بود، مطرح کرد تا از بررسی اساسی بودن معاهده نزد شعبه اول جلوگیری کند (کامرس، ۱۹۷۶، ص ۲۸۳).

رئیس‌جمهور و وزیر دادگستری در انتقاد به دادگاه قانون اساسی علناً بیان نمودند که این نظریات هیچ مبنای قانونی ندارند و دولت این تصمیم را نخواهد پذیرفت و اعلام کردند که ساختار دادگاه قانون اساسی می‌تواند با تجدید نظر در قانون تأسیس خود، تغییر یابد. انتقادات به نظریات دادگاه چندان طولانی نبود؛ به طوری که اظهارات رئیس‌جمهور و وزیر دادگستری به طور گسترده‌ای در رسانه‌های آلمان مورد انتقاد قرار گرفت. به همین دلیل، دولت به سرعت گام‌هایی را در جهت تأکید مجدد بر حمایت خود از دادگاه برداشت و از ادعاهای خود درباره تغییر قانون اجرایی دادگاه فاصله گرفت.

هنگامی که دادگاه با دو کرسی خالی و بلاتصدی در اوایل دهه ۱۹۵۰م مواجه شد، در اقلیت بودن حزب سوسیال دمکرات و در اکثریت بودن حزب مسیحی، و نیاز به تصویب احزاب دیگر برای انتصاب نامزد مورد نظر حزب حاکم به دادگاه، منجر به مباحثات و مذاکرات طولانی شد. حزب مسیحی به دنبال کاهش تعداد کل قضات دادگاه قانون اساسی بود. بخشی از این تصمیم به این دلیل صورت گرفت که چندین قاضی که می‌بایست دوره تصدی‌شان در سال ۱۹۵۶م تجدید شود، مخالف سیاست‌های دولت در زمینه تجدید تسلیحاتی آلمان بودند. آنها همچنین در پی این بودند که اکثریت سه‌چهارم مورد نیاز برای انتخاب قضات در کمیته انتخابات بوندستاگ، به اکثریت ساده کاهش یابد؛ تا شاید این امر این امکان را به حزب بدهد که بدون هر گونه ائتلاف با حزب رقیب،

نامزدهای مورد نظر خود را وارد دادگاه کند. حزب سوسیال دمکرات با این پیشنهاد مخالفت کرد و حزب رقیب را به تلاش برای یکسان نمودن یک‌سویه فضای دادگاه به‌نفع خود، متهم کرد. حزب دمکرات مسیحی پیشنهاد کاهش تعداد قضاات به دوازده نفر، حذف سیستم دوشعبه‌ای دادگاه، و لغو روش انتصابات قانونی در راستای ایجاد شورای قضایی را مطرح ساخت (کامرس، ۱۹۷۶، ص ۱۴۸).

در نهایت، مجلس قانون‌گذاری آلمان طرحی را که مورد اتفاق هر دو حزب بود، به تصویب رسانید. در سال ۱۹۵۶م، با کاهش تعداد قضاات در چند مرحله موافقت شد؛ یعنی تعداد اعضا از ۲۴ عضو به بیست و به شانزده عضو کاهش یافت. اصلاحیه نهایی در زمینه فرایند انتصاب دادگاه در سال ۱۹۷۰م انجام شد که دوره تصدی قضاات دادگاه را به یک دوره تجدیدنظرپذیر دوازده‌ساله محدود کرد. (بیلینگ، ۱۹۶۹، ص ۱۹۵). این مقرر در درجه اول برای از بین بردن هر گونه تهدید احتمالی از سوی پارلمان برای ایراد فشار ناروا بر قضاات دادگاه ایجاد شد. قبل از اصلاحات اخیر، پارلمان مجاز به تصمیم‌گیری در این مورد بود که آیا یک قاضی بعد از هشت سال می‌تواند بار دیگر به خدمت در دادگاه پردازد یا خیر؟ (بندا و کلین، ۲۰۱۱، ص ۵۵).

روند انتصاب قضاات به دادگاه قانون اساسی، در بیشتر موارد به لطف توافقات غیر رسمی بین حزب مسیحی و سوسیالیست در زمینه تقسیم کرسی‌های دادگاه، مورد بحث و مناقشه چندان نمی‌گیرد. حتی زمانی که احزاب، مخالف معرفی نامزدهای مشخصی هستند، معمولاً هویت نامزد را تا سازش نهایی پنهان می‌دارند. اختلاف بر سر نامزدها باید به اندازه‌ای شدید باشد که بتواند در مجلس بسیار برجسته شود که آن‌هم بیشتر به نگاه سیاسی نامزدهای بالقوه و تفاوت‌های ایدئولوژیک بین احزاب مربوط می‌شود. برای مثال، در سال ۱۹۹۳م حزب مسیحی با نامزد معرفی شده حزب سوسیال، گملین مخالفت کرد؛ به این دلیل که او یکی از اعضای حزب سوسیال و دارای پیشینه بیان نظریات ایدئولوژیک رادیکال بود. نامزدی وی بعد از اینکه حزب دمکرات مسیحی توانست نظر مساعد حزب سوسیال دمکرات را جلب کند، منتفی شد. یکی دیگر از نمونه‌های استثنایی، در سال ۲۰۰۸م بود که حزب دمکرات مسیحی یک استاد حقوق، یعنی هورست دربر را معرفی کرد. او مورد انتقاد فراوانی قرار گرفت؛ هم از جانب محافظه‌کاران به‌دلیل دیدگاه لیبرالی‌ای که در نوشته‌هایش ارائه می‌داد؛ و هم از جانب لیبرال‌ها به‌انه‌های حمایت از مقید دانستن ممنوعیت مطلق شکنجه. در نهایت، نامزدی او نیز با شکست روبه‌رو شد (پیپر، ۱۹۹۸، ص ۲۷۱).

#### ۴. معیارهای الگوی حاکمیت پارلمانی انتخاب دادرسان اساسی و ارزیابی آن در آلمان

الگوی اکثریت پارلمانی که مورد متابعت نظام‌های متعددی، از جمله آلمان قرار گرفته است، دارای معیارهایی است که مبتنی بر محدودیت‌ها و مزایای ذاتی کاربرد این الگو است. در این قسمت، معیارها و چگونگی اعمال معیارهای این الگو را در آلمان مورد مذاقه قرار خواهیم داد تا دریابیم که تا چه اندازه از ملاک‌ها و معیارهای این الگو تبعیت شده است.

## ۴-۱. الگوی اکثریت پارلمانی و مشارکت عمومی

کنترل و نظارت قوه مقننه بر انتصابات قضایی می‌تواند به تقویت پاسخگویی دادگاه قانون اساسی به‌عنوان نهادی که توسط گروه‌های سیاسی نمایندگی می‌شود، کمک کند. پارلمان‌ها برای انعکاس و نمایش خواست‌ها و آمال ملت تشکیل یافته‌اند. دادگاهی که قضاتش به‌وسیله احزاب در پارلمان انتخاب می‌شوند، آگاهی عمومی دادگاه را به‌عنوان یک مقام قضایی ارتقا خواهد بخشید. چنانچه این الگو در کشورهای فدرال - که در آن، مجالس دوم قانون‌گذاری نماینده ایالت‌هایند (یا مکانی که مقامات در دولت‌های عضو در انتخاب قضات مشارکت می‌کنند) - به‌کار گرفته شود، می‌تواند حس مشارکت سیاسی در دادگاه را در سطح منطقه‌ای و از طریق مشارکت مجالس دوم ارتقا دهد. در آلمان، حقانیت دمکراتیک قضات اساسی، توسط این قاعده که «فقط پارلمان فدرال حق پیشنهاد افراد را به منظور انتصاب توسط رئیس‌جمهور داراست، تضمین می‌شود (فرمون، ۱۳۸۷، ص ۱۲۸). همچنین با پیش‌بینی هوشمندانه دخالت بوندسرات - که نوعی شورای وزیران ایالات است - در فرایند انتخاب نیمی از قضات، حضور نهادهای ایالتی در این امر ملی فراهم شده، زمینه مشارکت‌های سیاسی گسترده از سراسر فدراسیون فراهم می‌گردد.

## ۴-۲. رأی اکثریت و تأثیر مشارکت نیروهای سیاسی

نیاز به اکثریت آرا برای تصویب یک نامزد دادگاه قانون اساسی، این مزیت را خواهد داشت که تضمین می‌کند هر دو حزب اکثریت و مخالف، در چگونگی ترکیب دادگاه مشارکت کنند. اکثریت مورد نیاز باعث می‌شود که حزب حاکم نتواند یک نامزد را بدون مشورت با مخالفان انتخاب کند (به‌جز در موارد نادری که یک حزب اکثریت لازم در پارلمان را داراست). با فرض اینکه اکثر نیروهای سیاسی جامعه دارای نمایندگانی در پارلمان هستند، روند تعیین اکثریت قانونی می‌تواند منافع عمومی و اکثر گروه‌های اجتماعی را نمایندگی کند. به‌نظرمی‌رسد روش انتصاب اجماع‌محور، عموماً مانع تبعیض نظام‌مند علیه بازیگران سیاسی خاص در دادگاه می‌شود (به این دلیل که منافع اکثر گروه‌های سیاسی، در دادگاه به منصفه ظهور می‌رسد). در پارلمانی که احزاب به‌طور جدی از لحاظ سیاسی یا ایدئولوژیک از یکدیگر فاصله دارند، تحصیل اکثریت مورد نیاز برای انتخاب قضات دادگاه می‌تواند بسیار دشوار باشد که نتیجه آن، ایجاد بن‌بست یا تأخیر در فرایند انتخاب نامزدهای پست قضاوت در دادگاه قانون اساسی است. افزون‌براین، تجربه پارلمان‌ها نشان می‌دهد که اجرای این الگو در انتخاب قضات می‌تواند در شرایطی به‌سادگی صورت پذیرد: ۱. هنگامی که احزاب سیاسی خاص برای یک دوره زمانی طولانی مدت بر فضای پارلمان تسلط می‌یابند؛ ۲. در شرایطی که احزاب حاضر در پارلمان، بر چگونگی تخصیص کرسی‌های دادگاه میان خود قادر بر توافق هستند.

اینکه نظام حقوقی آلمان، به‌منظور تضمین قوی‌تر حقانیت نقش پارلمان، قاعده اکثریت دوسوم را اعمال می‌کند، از یک سو باعث شده است که یکی از دو حزب حاکم هیچ‌گاه نتوانند یک‌سویه و بدون مشارکت دیگر احزاب سیاسی، منافع

خوبش را دنبال کنند و این امر امید به دستیابی به مطالبات بخش کبیری از ملت را همواره زنده نگه می‌دارد؛ و از سوی دیگر، به دلیل قدرت احزاب سیاسی در نظام سیاسی آلمان، این قاعده هر دو حزب بزرگ را - که یکی از آنها همواره در مقام مخالف قرار دارد - به سوی تفاهم سوق داده است تا بتوانند حق پیشنهاد را میان همدیگر تقسیم کنند؛ به گونه‌ای که همواره نیمی از اعضا توسط حزب سوسیال دمکرات و نیمی دیگر توسط حزب دمکرات مسیحی انتخاب می‌شوند.

### ۳-۴. محدودیت نامزدی صاحب‌نظران مستقل

ضرورت ایجاب می‌کند که قضات اساسی از گرایش‌های سیاسی موجود در جامعه اثر نپذیرند و رقابت‌های حزبی و گروهی نیز آنها را تحت تأثیر قرار ندهد (پروین، ۱۳۹۲، ص. ۵۴۱-۵۴۲). یکی از ضعف‌های ذاتی قابل توجه در الگوی اکثریت پارلمانی، روابط اجتناب‌ناپذیر احزاب سیاسی است. ترتیب انتصاب آنها می‌تواند بر انجام وظایف و استقلال آنها تأثیر بگذارد.

این الگو می‌تواند برای نامزدهایی که عضو (یا حداقل مورد حمایت) احزاب سیاسی بزرگ و دارای اکثریت در پارلمان باشند، امتیاز محسوب شود؛ اما مطلوب نامزدهایی که هیچ نوع وابستگی سیاسی ندارند یا عضو حزب اقلیت اند، نیاز به رأی اکثریت، مورد نظر کاندیدای متعادلی است که نظریات ایدئولوژیک آنها برای بیشتر یا اکثر احزاب سیاسی قابل قبول باشد. این امر می‌تواند در فراهم کردن درجه خاصی از ثبات در احکام دادگاه و پایبندی به رویه‌ها و سابقه‌ها تأثیر بسزایی داشته باشد. البته از سوی دیگر می‌توان آن را پاشنه آشیل این الگو دانست؛ چراکه از انتخاب افراد دارای دیدگاه‌های سیاسی تندرو یا محافظه کار جلوگیری می‌کند؛ با اینکه ممکن است صلاحیت علمی و حقوقی آنها بسیار چشمگیر باشد.

نگاهی تاریخی به نامزدی افراد برای عضویت در دادگاه قانون اساسی آلمان، نشان از تعداد اندک موارد رد این نامزدها به دلیل داشتن عقاید شاذ و برجسته دارد؛ چراکه توافقات و بررسی‌های پیش از اعلام علنی کاندیداتوری یک فرد و رأی‌گیری نهایی در صحن پارلمان، سبب می‌شود فردی معرفی شود که از ابتدا مطلوب نظر اعضا و احزاب سیاسی پارلمان باشد. همان‌طور که بیان شد، در بوندسرات، یک کمیته مشورتی موقت، پیش از رأی‌گیری عمومی، بر نامزدهای مورد نظر توافق می‌کنند. انجام مذاکرات پیش از رأی‌گیری باعث می‌شود که از موفقیت نامزد قبل از رأی‌گیری کامل در بوندسرات، مطمئن شوند. همچنین آلمان محدودیت ناشی از لزوم وابستگی به احزاب بزرگ برای انتصاب را، با مقررۀ نانوشته مبنی بر اینکه حداقل چهار عضو باید از افراد دانشگاهی و فارغ از گروه‌های سیاسی باشند، رفع کرده است.

### ۴-۴. ایجاد فضای سیاسی تعلیقی در پارلمان

اکثریت مورد نیاز در اجرای این الگو، باید به‌دقت تعیین شود. چنانچه بیش از حد بالا باشد، که به آن سبب قانون‌گذار قادر نباشد کاندیدایی را با چنین سطحی از حمایت پارلمان بیابد، ممکن است به بن‌بست با تأخیر طولانی در

انتصاب پست‌های خالی دادگاه منجر شود. فضای تعلیقی در شرایطی به وجود خواهد آمد که احزاب متکثر موجود در پارلمان بر سر موضوعی به اجماع و ائتلاف نرسند و به این دلیل تصمیم‌سازی و اعمال اراده پارلمان، معلق و موکول به توافق در آینده می‌شود.

مشکلات ناشی از اجرای این قاعده باعث شد اکثریت مورد نیاز در کمیته انتخاباتی بندستگ که در ابتدا سه چهارم بود با توافق احزاب اصلی آلمان و اصلاحات بعدی به دو سوم کاهش یابد. این کاهش، بسیار هوشمندانه و مطابق با فضای سیاسی و تجربیات اعمال اکثریت بالاتر صورت گرفت و به این صورت مشکلات ناشی از آن را خنثی نمود.

#### ۵-۴. مشارکت کمیته‌های پارلمانی و محرمانه بودن فرایند انتصاب

یکی از انتقاداتی که همواره به الگوی اکثریت قانونی آلمان وارد می‌شود، برخاسته از روشی است که در آن بوندستگ قضات را انتخاب می‌کند. این قضات به وسیله کل قوه قانون‌گذار آلمان برگزیده نشده‌اند؛ بلکه توسط یک کمیته انتخاباتی - که از اعضای بوندستگ تشکیل شده است - انتخاب می‌شوند و مخالفان این سیستم (که اغلب احزاب سیاسی کوچک‌اند)، بارها بیان کرده‌اند که این روش غیردمکراتیک است؛ چراکه یک کمیته انتخاباتی کوچک نمی‌تواند به گونه‌ای شایسته همه احزاب سیاسی بوندستگ را نمایندگی کند. افزون بر این، مذاکرات بر سر نامزدها که توسط یک گروه کوچکی از نمایندگان حزب اکثریت انجام می‌گیرد، بیانگر این است که فرایند انتصاب، از بررسی‌های عمومی دقیق و شفافیت به دور است (لند فرید، ۲۰۰۶، ص ۲۰۷) مذاکرات کمیته انتخاباتی بوندستگ، غیرعلنی برگزار می‌شود که این عدم شفافیت می‌تواند به نوعی به بی‌اعتمادی عمومی منجر شود؛ زیرا اگر مردم فرایند انتصاب را به این شکل درک کنند که به سادگی توسط احزاب سیاسی تحت تأثیر قرار می‌گیرد و پاسخگویی وجود ندارد، مشروعیت دادگاه به عنوان یک نهاد عمومی، به شدت آسیب خواهد دید. با وجود این، تلاش‌ها برای اصلاح روند انتصابات، تاکنون ناموفق بوده است. تصمیم دادگاه در تأیید اساسی بودن کمیته انتخابات، نشانگر این است که تغییر در این فرایند در آینده نزدیک، دور از ذهن است.

#### نتیجه‌گیری

الگوی اکثریت قانونی، یکی از الگوهای متعدد تعیین قضات اساسی است. اجرای این الگو که مبتنی بر تصویب اکثریت اعضای پارلمان است، به نوعی استقلال و به تبع آن، مشروعیت دادگاه را به خطر می‌اندازد؛ چراکه قضات توسط مقاماتی انتخاب می‌شوند که در آینده باید مصوبات آنها را از حیث اساسی بودن یا نبودن بررسی کنند. همچنین وابستگی قضات به احزاب سیاسی متنوع خود، نیاز به اکثریت بالا برای انتخاب، محتمل بودن ایجاد فضای تعلیق سیاسی و عدم امکان انتخاب افراد مستقل و بدون مشی سیاسی، و سرخوردگی احزاب کوچک در پارلمان، از مشکلات اجرای این

الگوست که می‌تواند استقلال قضات را به شدت تحت تأثیر قرار دهد. قانون‌گذار آلمان، که بعد از جنگ جهانی دوم و در دوره گذار به حکومت دموکراتیک به تشکیل دادگاه قانون اساسی فدرال به منظور حفظ حقوق بنیادین افراد و نظارت قضایی اقدام کرد، الگوی اکثریت قانونی را برای انتصاب قضات اساسی برگزیده است؛ اما نظام حقوقی آلمان با اقتباس مناسب از این الگو، مشکلات ذاتی و بالقوه آن را با شیوه‌های بسیار هوشمندانه تعدیل کرده است؛ به صورتی که یکی از موفق‌ترین نظام‌ها در زمینه استقلال قضات اساسی به‌شمار می‌رود. توافقات غیررسمی احزاب بزرگ در زمینه امکان مشارکت نهادهای ایالتی با ایجاد امکان دخالت بندسرات در انتصاب قضات، اعمال اکثریت دو سوم به منظور امکان مشارکت احزاب مخالف و جلوگیری از ایجاد فضای بن‌بست سیاسی، توافقات غیررسمی بر تقسیم حق انتخاب اعضای دادگاه میان احزاب بزرگ، تفویض حق انتخاب به احزاب کوچک‌تر توسط احزاب حاکم، و ایجاد کمیته انتخاباتی دوازده نفری که نماینده همه احزاب است، به منظور مشارکت گسترده همه احزاب و نیروهای جامعه در روند انتصاب قضات و همچنین الزام به انتخاب چند قاضی از افراد دانشگاهی و غیرسیاسی برای ورود قضات مستقل به دادگاه، از جمله راهکارهای نوین و مؤثر نظام حقوقی آلمان می‌باشد.

منابع.....

- پروین، خیرالله، ۱۳۹۲، «بررسی ابعاد نظریه نظارت بر قوانین در نظام های حقوقی معاصر»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۶۱ ص ۵۲۴-۵۷۳.
- \_\_\_\_، ۱۳۹۴، «جستاری بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ششم، ش ۱، ص ۸۳-۶۱.
- خلف رضایی، ۱۳۹۲، محسن، «بررسی وظایف و کارویژه های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان»، *بررسی های حقوق عمومی*، ش ۲، ص ۱-۲۶.
- فرمون، میشل، ۱۳۸۷، «دیوان قانون اساسی فدرال آلمان»، ترجمه جواد تقی زاده، *حقوق اساسی*، ش ۷، ص ۱۲۵-۱۲۸.
- Benda, Ernst and Klein, 2001, *Constitutional procedure. A textbook and handbook*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag,
- Billing, Werner, 1969, *The problem of judicial elections for the Federal Constitutional Court, Berlin*: Duncker & Humblot,
- European (Venice Commission)Commission For Democracy Through Law, 1997, "The Composition Of Constitutional Courts, Science and technique of democracy", 20,
- Garlicki, L, 2002, *The Experience of the Polish Constitutional Court [in:] W. Sadurski (ed.): Constitutional Justice - East and West, Kluwer Law International, The Hague* London-New York
- Hailbronner, Michaela, 2014, "Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti- Nazism to value formalism", *Oxford University Press and New York University School of Law*. 12 (3), p.626-649,
- Kommers, Donald, 1976 , *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, London: Sage Publications,
- Kommers, Donald, 2011, *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary', Judicial Independence in the Age of Democracy*, Charlottesville: University Press of Virginia.,
- Landfried, Christine, 2006, *The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany. In Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World, edited by Kate Malleson and Peter H.Russel*, 196-213. Toronto: University of Toronto Press,
- Pasquino, Pasquale, and Ferejohn, John, 2004, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *Texas Law Review*, 82(7), p.1671-1704,
- Pieper, Stefan, 1998, *Elections of constitutional judges. The appointment of the judges' bench of the Federal Constitutional Court and the appointment of German candidates to the European Court of Human Rights and to the International Court of Justice*, Berlin: Duncker & Humblot,
- Sadurski, Wojciech, 2009, "Twenty Years after the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europ", Sydney Law School Research Paper09/69, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1437843](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437843) >,
- Schor, Miguel, 2007, "Squaring the Circle: Democratizing Judicial Review and the Counter-Constitutional Difficulty", *Minnesota Journal of International Law*, 16, pp. 61-113.
- Vanberg, Georg. (2005), *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge: Cambridge University Press,
- Volcansek, M. L, 2007, "Appointing judges the European way", *Fordham Urban Law Journal*, 34, pp.363-385.





## سلسله‌مراتب تعهدات دولت‌ها به موجب منشور سازمان ملل متحد با تأکید بر قطع‌نامه‌های فصل هفتمی

Sarafamoori@alumni.ut.ac.ir

sohan@ut.ac.ir

کلیه سارا فاموری / دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

حمید الهویی نظری / استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۱۰ - پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۷

### چکیده

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، یکی از مهم‌ترین مقررات این سازمان در راستای ایجاد انسجام و وحدت نظام حقوقی ملل متحد است. این ماده ضامن حفظ برتری تعهدات منشوری بر دیگر تعهدات دولت‌ها ناشی از معاهدات، سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، و حتی به عقیده برخی عرف نیز می‌باشد؛ امری که بین صاحب‌نظران محل اختلاف است. تعهدات منشوری، علاوه بر تعهدات بنیادین منشور، مانند اصل عدم توسل به زور، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و عدم مداخله در امور داخلی کشورها، شامل تعهدات ناشی از تصمیمات الزام‌آور ارگان‌های سازمان ملل هم می‌شود. از مهم‌ترین این تعهدات می‌توان به تصمیمات شورای امنیت به موجب فصل هفتم و ماده ۲۵ منشور اشاره کرد؛ امری که از کارهای مقدماتی تهیه و تدوین منشور، رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه خود شورا نیز برمی‌آید. در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و پس از بررسی‌های نظرات مختلف و اهمیت نظم ملل متحد، این نتیجه حاصل شد که این برتری تعهدات منشوری، صرفاً محدود به تعهدات معاهده‌ای نیست و تعهدات عرفی را نیز دربرمی‌گیرد و با توجه به ویژگی اساسی بودن منشور، می‌توان آن را بر دول غیرعضو نیز اعمال کرد.

**کلیدواژه‌ها:** تعهدات منشوری، حقوق بین‌الملل عرفی، شورای امنیت، فصل هفتم، ماده ۲۵ منشور، ماده ۱۰۳ منشور، موافقت‌نامه بین‌المللی.

## مقدمه

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد از مهم‌ترین مقررات منشور، و حافظ انسجام و وحدت، و عملی شدن هرچه بهتر اهداف منشور است؛ اما در تعیین حدود و ثغور اعمال این ماده و عبارت‌پردازی آن، اختلاف‌هایی دیده می‌شود. تعیین این حدود و ثغور موجب می‌شود که آثار حقوقی مترتب بر این ماده و دامنه صلاحیت ارکان سازمان ملل متحد مشخص گردد. هرچه آثار حقوقی بیشتری بر این ماده بار کنیم، میزان صلاحیت‌ها و اختیارات ارکان ملل متحد بیشتر می‌شود (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۴). به موجب ماده ۱۰۳، در صورت بروز تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد، به موجب این منشور و تعهدات آنها بر طبق موافقت‌نامه‌های بین‌المللی دیگر، تعهدات منشوری برتری خواهند یافت. یکی از مواردی که در این مقاله مورد مذاقه قرار خواهد گرفت، تعیین دامنه «تعهدات منشوری» و ارتباط آن با اعمال شورای امنیت به موجب فصل هفتم است و اینکه آیا این برتری، بر دول غیرعضو سازمان ملل هم اعمال می‌گردد یا خیر. همچنین بررسی این مسئله که آیا با توجه به قرائن و نظریات حقوق دانان، منظور از تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، صرفاً تعهدات ناشی از معاهدات است یا موافقت‌نامه‌های دیگر، مانند موافقت‌نامه‌های نزاکتی و حتی فراتر از آن، تعهدات ناشی از عرف را هم در بر می‌گیرد، مفید به نظر می‌آید. در این میان، به دلیل وجود رابطه تنگاتنگ بین ماده ۱۰۳ و ۲۵ منشور ملل متحد و درک بهتر موضوع و حدود اعمال ماده ۱۰۳، بررسی مختصر ماده ۲۵ مفید خواهد بود؛ زیرا در ماده ۲۵ از لفظ «تصمیم» استفاده شده است؛ لفظی که تمام اختلاف نظرها و تفاوت دیدگاه‌ها در آن خلاصه می‌شود؛ واژه‌ای که می‌توان آن را در زمره تعهدات منشوری دولت‌ها آورد و بر سایر تعهدات آنها برتری داد؛ زیرا قطع‌نامه‌های الزام‌آور شورا موجب هنجارهای حقوقی اند (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۵).

### ۱. سلسله مراتب قواعد بین‌المللی

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد عامل وحدت نظام حقوقی منشور و یکی از اصلی‌ترین مقررات منشور است که حاکی از برتری مقررات آن بر معاهدات؛ و به عقیده بعضی از حقوق دانان بر دیگر منابع حقوق بین‌الملل است. هرچند بررسی این رابطه در موارد تعارض تصمیمات شورای امنیت و قواعد آمره، به دلیل فقدان رویه، بیشتر جنبه نظری دارد، اما در سال‌های بعد از جنگ سرد به دلیل استفاده مضاعف شورای امنیت از اختیارات فصل هفتم منشور و تعارض آن تصمیمات با تعهدات دولت‌ها، بیشتر نمود عملی پیدا کرد (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۱۳). نمونه بارز چنین تصمیماتی را در قضیه لاکربی می‌توان مشاهده کرد که در آن، شورای امنیت از طریق قطع‌نامه ۷۴۸ در پی تعلیق اجرای کنوانسیون مونترال برآمد. در این قضیه، دولت لیبی از استرداد متهمان انفجار هواپیمای «پان امریکن» با استناد به ماده ۷ این کنوانسیون خودداری ورزید؛ اما دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت که قطع‌نامه شورای امنیت به موجب ماده ۱۰۳ و ۲۵ منشور، بر کنوانسیون مونترال برتری دارد و دولت‌های عضو باید تصمیمات آن را اجرا کنند

(رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۹۲، ص ۳۹ و ۴۲). از موارد دیگری که شورای امنیت به‌طور صریح و واضح هرگونه تعهد کشورها را نادیده گرفت، در جریان حمله عراق به کویت بود که با صدور قطع‌نامه ۶۷۰ محقق شد (قطع‌نامه شورای امنیت، ۱۹۹۰، ص ۶۷۹). به عبارت دیگر، رویه قضایی بین‌المللی تاکنون چندین بار چنین مقرره‌ای را اعمال کرده است. دیوان در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه این‌گونه نتیجه می‌گیرد که حتی نظام حل‌وفصل اختلافات مندرج در منشور بر نظام‌های منطقه‌ای حل و فصل اختلاف برتری دارد و تابع مفاد ماده ۱۰۳ منشور است (رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۴، ص ۴۴۰). لازم به ذکر است که عدم تعیین حدود این ماده و استفاده بی‌رویه از آن می‌تواند موجب تضییع حقوق برخی کشورها شود.

ماده ۱۰۳ بیان می‌دارد: «در صورت تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آن‌ها بر طبق هر موافقت‌نامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به موجب این منشور مقدم خواهد بود».

در هنگام اعمال این مقرره باید بین دو حالت تفکیک قائل شد: حالت اول تعارض بین تعهدات دولت‌ها بر اساس موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و تعهداتی است که مستقیماً از منشور نشئت می‌گیرند، مانند مواد ۱ و ۲ منشور (حقوق بنیادین منشور). در این صورت، باید موافقت‌نامه را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که در هماهنگی و تطابق با حقوق منشور باشد. حالت دوم تعارض بین تعهدات دولت‌ها بر اساس موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و تعهداتی است که موجب منشور که محتوای دقیق آنها از سوی یکی از ارکان سازمان ملل معین می‌گردد؛ که بارزترین مثال آن ماده ۲۵ منشور است (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۵۵۵؛ دوپویی، ۱۹۹۷، ص ۱۲). در ادامه لازم به ذکر است که بارزترین مثال برای ماده ۲۵، قطع‌نامه‌ها و تصمیمات شورای امنیت بر اساس فصل هفتم است؛ هرچند برخی از حقوق‌دانان، مانند هانس کلسن تصمیمات شورا در قالب توصیه‌نامه را نیز الزام‌آور می‌دانند (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۸). قطع‌نامه‌های شورای امنیت، نه‌تنها باید در جهت اصول و اهداف منشور باشند، بلکه در صورت تعارض بین آنها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، این موافقت‌نامه‌ها باید در تطابق و هماهنگی با قطع‌نامه‌های شورا تفسیر شوند؛ بلکه حتی خود قطع‌نامه‌های شورا هم در موارد ابهام و اجمال باید در راستای موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که تأمین‌کننده منافع جامعه بین‌المللی است، مانند موافقت‌نامه‌های حقوق بشری و حفاظت از محیط زیست، تفسیر شوند؛ زیرا هر گونه لغو یا ابطال معاهدات از سوی شورای امنیت، نیازمند بیان صریح یا ضمنی شورا است (سیما، ۲۰۱۲، ص ۲۰۲). تصمیمات شورای امنیت، به ظاهر معتبر و الزام‌آور فرض می‌شوند؛ مگر اینکه خارج از حدود وظایف شورا بوده و ملاحظات حقوقی در آن رعایت نشده باشد (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۲۱۱). در این راستا می‌توان به رأی دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه «الجده» اشاره کرد (رأی دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۰۱۱، ص ۱۰۲).

در موارد بروز ابهام در عبارات قطع‌نامه‌های شورای امنیت، دیوان (اروپایی حقوق بشر) باید تفسیری را برگزیند که بیشترین هماهنگی و همخوانی با کنوانسیون (اروپایی حقوق بشر) را داشته و از تعارض تعهدات جلوگیری به

عمل آورد. با توجه به نقش مهم سازمان ملل در ارتقای حقوق بشر، این انتظار می‌رود که شورای امنیت در اتخاذ اقدامات خود، از عبارات و زبان واضح و روشن، در مواردی که ممکن است آن اقدامات در تعارض با تعهدات دولت‌ها به موجب حقوق بین‌المللی بشر قرار گیرند، استفاده کند.

از طرفی دیگر، ماده ۱۰۳ این امکان را فراهم نمی‌آورد که قطعنامه‌های شورای امنیت که در تعارض با حقوق منشور هستند، بر دیگر تعهدات دولت‌ها برتری یابد؛ بلکه منظور فقط قطعنامه‌های قانونی و در حدود اختیار شورای امنیت است (اوراکل اشویلی، ۲۰۰۷، ص ۱۴۹). به عبارت دیگر، تمامی تصمیمات شورای امنیت دارای آثار حقوقی نیستند و صرفاً تصمیماتی برای دولت‌ها تعهد ایجاد می‌کنند که معتبر بوده، و با رعایت ملاحظات حقوقی اتخاذ شده باشند (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۵).

اولویت و برتری تعهدات منشور امری است که در کنفرانس سانفرانسیسکو مورد توجه قرار گرفت و هدف این بود که دول عضو، تعهدات متعارض با منشور، به‌ویژه ماده ۲ را متقبل نشوند؛ امری که ضامن انسجام عمل به منشور است (کنفرانس سازمان ملل، ۱۹۴۵، ص ۶۸۶). به تعبیری دیگر، می‌توان گفت که پیش‌بینی ماده ۱۰۳ در منشور، فقط برای حفظ جامعیت و کلیت منشور، به‌ویژه در قلمرو صلح و امنیت بین‌المللی است، نه حفظ منافع فردی دولت‌ها؛ و نمی‌تواند در مورد اقدام‌هایی استفاده شود که با منافع جمعی ارتباط ندارد. در غیر این صورت، با عدم امنیت حقوقی و دخالت بیش از حد نهادهای سیاسی روبه‌رومی‌شویم (بیگز زاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۰، ۳۲۱؛ ثقفی عامری، ۱۳۷۶، ص ۵).

مانند چنین مقرره‌ای در میثاق جامعه ملل هم دیده می‌شد؛ به موجب ماده ۲۰ میثاق جامعه ملل، در صورت تعارض مقررات میثاق با دیگر مقررات مندرج در معاهدات یا موافقت‌نامه‌های دیگر، نه تنها مقررات میثاق برتری می‌یابند، بلکه مقرره مباین نیز نسخ می‌شود. ذکر این نکته خالی از فایده نیست که دامنه این ماده، محدود به دول عضو جامعه بود و دول غیر عضو را دربر نمی‌گرفت. به عبارتی دیگر، اگر یکی از اعضا در برابر دولتی غیر عضو تعهدی خلاف میثاق بر عهده داشت، باید خود را از این تعهدات آزاد می‌کرد؛ نه اینکه تعهدات یاد شده به‌طور خودکار منسوخ و ملغی شوند. اما این تفکیک در متن ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد دیده نمی‌شود و شامل تعهداتی که یکی از اطراف آن عضو سازمان است، در برابر دولت‌های غیر عضو هم می‌شود (کنفرانس سازمان ملل، ۱۹۴۵، ص ۶۵۴ و ۶۴۶). از سویی دیگر، به عقیده برخی می‌توان گفت که «اولویت مندرج در این ماده، خود در زمره حقوق عرفی است» و به تعهدات بین دولت‌های غیر عضو هم تسری می‌یابد (بیگز زاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۲)؛ اما نمی‌توان معتقد بود که این تعهد در حد قاعده آمره اعتبار دارد (فلسفی، ۱۳۹۱، ص ۴۰۱).

تفاوت دیگری که بین مقرره ماده ۲۰ میثاق و ۱۰۳ منشور وجود دارد، این است که با توجه به عبارت به‌کاررفته در ماده ۱۰۳ مکانیزم حل تعارض در «برتری یافتن» است (کنفرانس سازمان ملل، ۱۹۴۵، ۶۸۵). این برتری تا آنجایی است که اعمال تعهد با مقررات منشور ناسازگار باشد و اگر در قسمتی این ناسازگاری وجود نداشت، تعهد قابلیت اعمال

خود را از دست نخواهد داد (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۱۷). به عبارت دیگر، ماده ۱۰۳ صریحاً موافقت‌نامه دیگر را باطل، قابل ابطال، قابل تعویق و غیر قابل اجرا نمی‌داند. در ماده ۲۰ میثاق صراحتاً از هر تعهد صرف‌نظر از منبع تعهد، یاد شده است. این موضوعی است که در مورد ماده ۱۰۳ محل اختلاف است (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۶۰۲).

در این زمینه برخی معتقدند میزان اثر حقوقی ماده ۱۰۳ بستگی به این دارد که تعهد مورد بحث با کدام دسته از تعهدات ناشی از منشور تعارض دارد؛ که در هر مورد، مکانیزمی خاص به کار گرفته می‌شود (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۳۶). به عقیده هانس کلسن، عبارت «برتری یافتن مقررات منشور» فاقد اهمیت است؛ زیرا بر اساس اصول حقوق بین‌الملل، در صورتی که معاهده‌ای قبل از تصویب منشور لازم‌الاجرا شده و حاوی تهیدی متعارض با تعهدات منشور باشد، با تصویب منشور لغو و بلااثر می‌شود و در صورتی که بعد از تصویب منشور لازم‌الاجرا شود، باطل است؛ زیرا در تعارض با منشور است (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۲۸۶)؛ اما به‌طور کلی می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در صورت بروز تعارض، معاهده یا موافقت‌نامه قابلیت اجرای خود را از دست نمی‌دهد؛ بلکه فقط در قسمت متعارض قابل اجرا نیست؛ یعنی در موارد تعارض، آن تهیدی که باید اجرا شود، تعهد ناشی از منشور است (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۳۶؛ لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۵۹۶).

## ۲. بروز تعارض؛ پیش‌شرط اعمال ماده ۱۰۳

با بررسی ماده ۱۰۳ منشور به این نتیجه می‌رسیم که قابلیت اعمال این ماده بستگی کامل به بروز تعارض بین تعهدات دولت‌ها به موجب منشور و تعهدات آنها به موجب سایر توافقات بین‌المللی دارد. به عبارت دیگر، پیش شرط اعمال ماده ۱۰۳، بروز تعارض بین تعهدات یاد شده است. از همین رو ارائه تعریفی از تعارض و تعیین دامنه آن، بسیار حائز اهمیت است. تعارض را به‌نحوی می‌توان به «ناسازگاری و عدم تطابق جدی و آشکار بین دو یا چند دیدگاه، اصل و منافع» تعریف کرد (دیکشنری آکسفورد، ۲۰۰۵، ص ۳۶۳). با در کنار هم قرار دادن این تعریف و ماده ۱۰۳، این نتیجه به دست می‌آید که به بحث تعارض باید از دو جهت نگاه کرد: یکی از جهت معیار شخصی؛ بدین معنا که زمانی این ماده اعمال می‌گردد که دولت‌ها هر دو، هم از اطراف منشور باشند، هم موافقت‌نامه بین‌المللی؛ یا حداقل یکی از دولت‌ها باید هم به موجب تعهدات منشوری و هم به موجب تعهدات ناشی از سایر موافقت‌نامه‌ها ملزم شود. به عبارت دیگر، زمانی که اطراف دو موافقت‌نامه کاملاً با یکدیگر متفاوت باشند و حتی یک دولت، عضو هر دو نباشد، تعارض اساساً ممکن نخواهد بود (کلسن، ۱۹۴۹، ۲۸۴-۲۸۵).

منظر دیگر، معیار عینی و موضوعی است؛ یعنی تعهدات متعارض باید نسبت به موضوع واحدی قابلیت اعمال داشته باشند و تعهدات منشوری با تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نسبت به اموری اعمال شوند که در صورت اجرا، نتایج متناقضی را به دنبال داشته باشد (ویردگ، ۱۹۸۸، ص ۵۷ و ۷۵).

سؤال دیگری که باقی می‌ماند، این است که آیا برتری قطعنامه‌های شورا فقط ناظر به تصمیمات الزام‌آور است یا توصیه‌ها به‌موجب فصل ششم را هم دربرمی‌گیرد؛ از طرفی دیگر، تعارض بین تعهدات دولت‌ها به‌موجب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و جواز صادرشده توسط قطعنامه‌های تجویزی شورا به‌موجب ماده ۴۳ یا حتی تعارض بین خود مجوزها را هم شامل می‌شود یا اینکه فقط محدود به تعارض بین تعهدات است؛ نه جوازهای استفاده از نیروی نظامی؟ آنچه بدیهی است، امکان خروج توصیه‌های شورا به‌موجب فصل ششم از دایره شمول ماده ۱۰۳ است؛ زیرا این توصیه‌ها هیچ‌گونه نیروی الزام‌آوری به‌دنبال ندارند (لیوچا، ۲۰۰۸، ص ۵۸۷)؛ اما درخصوص با تعارض تعهدات دولت‌ها یا جوازهای نظامی شورا اختلاف نظر است. برخی معتقدند که تعارض مندرج در ماده ۱۰۳ منشور، تنها شامل تعارض تعهدات است؛ زیرا در زمان اجرای تعهد، دولت‌ها ملزم به انجام آنها هستند؛ این در حالی است که در مجوز استفاده از نیروی نظامی، هیچ اجبار و الزامی دیده نمی‌شود و تنها فعل یا ترک فعلی مجاز دانسته می‌شود و در نتیجه، مشمول ماده ۱۰۳ نمی‌شوند. به عبارت دیگر، با عدم اجرای چنین جوازهایی، دولت مورد نظر، نه تعهدات منشوری را نقض کرده است، نه تعهدات ناشی از دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را (رای دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۲، ص ۱۹۲). اما از سویی دیگر، نظری وجود دارد که قائل به تفسیر موسّع از مفهوم تعارض است و دامنه آن را به موارد تجویزی شورای امنیت هم گسترش می‌دهد (آفریشت، ۱۹۵۲، ص ۶۵۵). دولت‌هایی که بر طبق قطعنامه‌های تجویزی شورای امنیت عمل می‌کنند ممکن است در معرض نقض دیگر توافقات بین‌المللی قرار گیرند که عدم اعمال ماده ۱۰۳ نسبت به آنها، موجب کاهش تمایل دولت‌ها در به انجام رساندن این قبیل قطعنامه‌ها می‌شود. این در حالی است که هدف از گنجاندن ماده ۱۰۳ در مقررات منشور، جلوگیری از بروز مانع در فرایند اجرای آن و ارتقای اثربخشی سیستم امنیت دسته‌جمعی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۲۳). بنابراین، نظر به اینکه هدف اصلی فصل هفتم منشور حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی است، به‌نظر می‌رسد بتوان ماده ۱۰۳ را نسبت به کلیه مقررات این فصل، اعم از تحریم اقتصادی و اقدامات موقت و نظامی قابل اجرا دانست (بیگ‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۱؛ آقایی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۲-۱۳۴).

بنابراین با توجه به عبارت‌پردازی ماده ۱۰۳، تمامی تعهدات منشور، اعم از عدم توسل به زور یا استفاده از روش‌های حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات، و به‌طور کلی موارد مندرج در ماده ۱ و ۲ منشور تا تصمیمات الزام‌آور شورای امنیت، تحت شمول این ماده قرار می‌گیرد (لیوچا، ۲۰۰۸، ص ۵۸۳ و ۵۸۵). این امری است که از کارهای مقدماتی تهیه و تدوین منشور (کنفرانس سازمان ملل، ۱۹۴۵، ص ۶۸۵) و رویه قضایی دیوان هم برمی‌آید (رای دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۷۱، ص ۱۸ و ۱۹۹۲، ص ۳۹؛ رای دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۰۱۱، ص ۱۰۰-۱۰۹). علاوه بر این، خود شورای امنیت هم در قطعنامه‌های متعددی مانند قطعنامه ۶۷۰ مربوط به عراق، به برتری تصمیمات شورا بر سایر حقوق و تعهدات دولت‌ها اذعان می‌کند. در این زمینه، ماده ۱۰۳ با ماده ۲۵ منشور، ارتباط تنگاتنگی پیدا می‌کند؛ بدین معنا که

رعایت تصمیمات شورای امنیت به موجب ماده ۲۵ برای تمامی اعضا الزام‌آور است اما بر اساس ماده ۱۰۳، تعهدات به موجب ماده ۲۵ بر تمامی تعهدات به موجب حقوق بین‌الملل، برتری می‌یابند (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۲۴).

### ۳. ماده ۲۵ منشور ملل متحد

ماده دیگری که در تشخیص دامنه و حدود اعمال برتری مقررات منشور بر دیگر تعهدات، حائز اهمیت است، ماده ۲۵ است؛ ماده‌ای که با بررسی آن می‌توان معیار تمیز تصمیمات از توصیه‌های شورا را دریافت و بالتبع معنای تعهدات منشوری روشن‌تر می‌شود. تعداد تصمیماتی که شورای امنیت در آن صراحتاً یا ضمنی به ماده ۲۵ اشاره دارد، فراوان است (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۶).

در مراحل اولیه تأسیس سازمان ملل، تمامی دولت‌ها بر این باور بودند که برخی تصمیمات درباره حفظ صلح و امنیت بین‌المللی باید برای همه دولت‌ها الزام‌آور باشد. این ناشی از خلأیی بود که در زمان جامعه ملل احساس می‌شد و شورای جامعه فاقد قدرت الزام‌آور بود. این در حالی است که اختیار صدور تصمیمات الزام‌آور برای سازمان به منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، امری حیاتی است. بعد از بررسی‌ها و مباحثات فراوان، متن نهایی ماده ۲۵ بدین‌گونه تدوین شد: «اعضای ملل متحد موافقت می‌نمایند که تصمیمات شورای امنیت را بر طبق منشور، قبول و اجرا نمایند». در متن ماده، از عبارت «تصمیم» استفاده شده است. اغلب اختلاف نظر‌ها و تفاوت دیدگاه‌ها در همین واژه خلاصه می‌شود. حال سؤالی که مطرح می‌شود، این است که منظور از تصمیمات شورا چیست و چگونه تشخیص داده می‌شود تا نیروی الزام‌آور را بر آنها بار کنیم؟

«تصمیم» در یک معنا عبارت است از اعمال الزام‌آور؛ که در این تعریف در برابر «توصیه» قرار می‌گیرد. با دقت در منشور درمی‌یابیم که منشور برای توصیف اعمال شورا، از دو لفظ تصمیم و توصیه استفاده کرده است. به عبارت دیگر، معلوم می‌شود که این دو لفظ دارای معنای واحدی نیستند و در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند. از طرفی دیگر، در کنفرانس سانفرانسیسکو برداشت همگانی این بود که توصیه‌های شورا الزام‌آور نخواهد بود؛ بنابراین با بررسی متن و کارهای مقدماتی این نتیجه به دست می‌آید که تصمیمات شورا الزام‌آورند؛ در حالی که توصیه‌های شورا غیرالزام‌آور (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۷۹۲)؛ اما برخی مانند هانس کلسن عملکرد شورا در قالب توصیه‌نامه را نیز دارای نیروی الزام‌آور می‌دانند (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۹۵).

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا در رأی مشورتی خود اعلام می‌دارد (رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۷۱، ص ۱۱۴): «برای پی بردن به ماهیت الزام‌آور یک قطع‌نامه باید آنها را موردی بررسی کرد و به عبارت‌پردازی، نحوه بیان و زبان مورد استفاده، مواد استنادی در قطعنامه، کارهای مقدماتی، علت ایجاد و صدور قطعنامه، مذاکرات اولیه و به‌طور کلی تمامی اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، توجه خاصی شود».

دیوان در این رأی این گونه نتیجه می‌گیرد که قطعنامه‌های به‌موجب فصل هفتم، اغلب «تصمیم» تلقی می‌شوند و دارای نیروی الزام‌آورند؛ در عین حال تصمیمات الزام‌آوری هم هستند که در قالب فصل ششم اتخاذ می‌شوند. دیوان همچنین بیان می‌دارد (رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۷۱، ص ۱۱۳): «ماده ۲۵ محدود به تصمیمات شورا در رابطه با اقدامات اجرایی نمی‌باشد. همچنین این ماده بعد از ماده ۲۴ آمده است که در ارتباط با وظایف و اختیارات شورا است، نه در ذیل فصل هفتم. اگر ماده ۲۵ فقط ناظر به اقدامات اجرایی شورا در قالب مواد ۴۱ و ۴۲ بود، بیان این ماده زائد به‌نظر می‌رسید؛ زیرا در مواد ۴۸ و ۴۹ منشور آمده است.»

به عبارت دیگر، تصمیمات شورای امنیت، چه در چهارچوب ماده ۲۴ و چه در چهارچوب ماده ۲۵، اصل کلی الزام‌آور بودن تصمیمات شورا را بنا می‌گذارد و مواد ۴۸ و ۴۹ معین می‌دارند که اعضای سازمان ملل به چه صورتی باید تصمیمات را اجرا کنند (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۸). چنان‌که می‌دانیم، صلاحیت شورا به‌موجب فصل ششم، صلاحیت توصیه‌ای است و شورا در مواقع حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات، توصیه‌هایی می‌کند، بدون اینکه قدرت الزام‌آوری داشته باشند؛ اما بحث اساسی دربارهٔ ماده ۳۴ است که ناظر به اختیار شورا در تحقیق دربارهٔ اختلاف و وضعیت موجود است. این سؤال مطرح می‌شود: در صورتی که شورا بخواهد تحقیقی انجام دهد و دولت‌های مربوطه اجازهٔ ورود به سرزمین خود را ندهند، می‌توان دولت را ملزم به تبعیت کرد یا خیر؟ در این باره دو نظر دیده می‌شود: برخی معتقدند که این تحقیقات الزام‌آور نیستند؛ چون در صورت الزام‌آور بودن، منشور صریحاً اعلام می‌کرد؛ مانند آنچه در ماده ۴۳ بیان شده است و دولت‌ها ملزم به همکاری شده‌اند و باید سرزمین خود را در اختیار عبور نیروها بگذارند. پس فقط اقدامات شورا به‌موجب فصل هفتم عنوان تصمیم به خود می‌گیرد و تمام مواد فصل ششم جنبهٔ توصیه‌ای دارند (اسشوینگمن، ۲۰۰۱، ص ۳۱). دستهٔ دیگر بر این باورند: برای اینکه شورا بتواند وظایف خود را به درستی ایفا کند، دولت‌ها ملزم به همکاری‌اند و پیش شرط اقدام مؤثر از سوی شورا، انجام تحقیق است (شریف، ۱۳۷۳، ص ۱۲۰).

ذکر این نکته خالی از فایده نیست که الزام‌آور بودن تصمیمات شورا ریشه در رضایتی دارد که دولت‌ها به‌هنگام تصویب منشور اعلام داشته‌اند. عدم پیروی از آن، نقض منشور یا تهدید علیه صلح دانسته شده که در قطعنامه‌های شورا به این امر اشاره شده است.

عبارت دیگری که در ماده ۲۵ آمده و اختلاف نظرهایی را ایجاد کرده، عبارت «بر طبق منشور حاضر» است. در یک برداشت می‌توان گفت که عبارت موجود، ناظر به دولت‌هاست که باید تصمیم شورا را بر اساس مقررات منشور اجرا کنند. به بیانی دیگر، گویای تعهد دولت‌ها در اجرای منشور است. در این نوع برداشت، محدودیتی بر شورا بار نمی‌شود. در برداشتی دیگر اعتقاد بر این است که این عبارت ناظر بر تصمیمات شورا است که باید منطبق بر مقررات منشور باشد؛ یعنی محدودیتی بر سر راه شورا در اتخاذ تصمیم، از این برداشت، این نتیجه حاصل می‌شود که دولت‌ها می‌توانند تصمیمات غیرمنطبق بر منشور را اجرایی نکنند و این تصمیمات فاقد اعتبار است (سیما و دیگران، ۲۰۱۲،



ص ۸۹۷، اوستوزن، ۱۹۹۹، ص ۵۵۵). این تفسیری است که دیوان نیز در قضیه رأی مشورتی نامیبیا اعلام می‌دارد (رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۷۱، ص ۱۱۵): «تصمیماتی که شورا بر اساس اصول و اهداف منشور (یا بر اساس منشور) اتخاذ می‌کند، بر تمام دولت‌ها الزام‌آور است». مفهوم مخالف آن می‌شود: در صورتی که تصمیمات شورا منطبق با منشور نباشد، فاقد نیروی الزام‌آور است. قائل شدن به این نظر بدین معناست که اعضا حق بررسی تصمیمات شورا را خواهند داشت؛ حتی که به تصمیمات شورا لطمه وارد می‌کند (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۷). در کنفرانس دامبارتن اوکس، متنی که پیشنهاد شده بود، با متن کنونی ماده ۲۵ منشور متفاوت بود و این عبارت صریحاً به دولت‌ها برمی‌گشت (کنفرانس دامبارتن اوکس، ۱۹۴۴، ص ۴)؛ اما در کنفرانس سانفرانسیسکو، در عبارت ماده تغییر صورت گرفت و علت آن مستند نشد. همان‌طور که گفته شد، گروهی دیگر معتقدند که عبارت «منطبق با منشور ملل متحد» به دولت‌های عضو برمی‌گردد؛ زیرا در مقایسه دو ماده ۲۴ و ۲۵، این امر به ذهن متبادر می‌شود که اگر عبارت را در ارتباط با شورا بدانیم، محدودیتی حقوقی بر آن بار کرده‌ایم که در تعارض با ماده ۲۴ (۲) است؛ زیرا این ماده فقط اصول و اهداف منشور را به‌عنوان محدودیت بر تصمیمات شورا بیان کرده است، نه کل مقررات منشور را (اسیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۸۰۸). به عبارت دیگر، عبارت «منطبق با منشور حاضر» متوجه تعهد اعضا و نحوه اجرای تصمیمات از سوی آنهاست. این نظری است که در بین حقوق دانان مقبولیت بیشتری دارد (سادات میدانی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۷).

در پایان این مبحث لازم به ذکر است که هرچند وجود سازوکاری برای حفظ یا اعاده صلح در جهان کنونی لازم و ضروری به‌نظر می‌رسد، اما نباید از دیگر جنبه‌های این اعطای اختیار و قدرت به نهادی مانند شورای امنیت غافل ماند. امری که در رویه شورای امنیت به کرات دیده می‌شود، سیاست زدگی و برخوردهای گزینشی شورا و استفاده از حق وتوی ناعادلانه در بحران‌های متفاوت بوده است. اعضای دائم شورای امنیت با صلاحیت‌های نامحدودی که برای خویش قائل‌اند، عملکردهای دوگانه‌ای در برابر بحران‌های موجود از خود نشان داده‌اند؛ که در این باره می‌توان به عملکرد متفاوت شورای امنیت در قبال تهاجم عراق به ایران و مقایسه آن با تهاجم به کویت، یا موضع‌گیری‌های منفعلانه و غیرمسئولانه در برابر بحران‌های موجود در جهان اسلام، مانند بحران سوریه، عراق، یمن و فلسطین یا وضعیت مسلمانان میانمار اشاره کرد؛ امری که خود می‌تواند موجب تشدید ناآرامی و برهم خوردن صلح و امنیت بین‌المللی شود. اصلاح ساختاری و نحوه تصمیم‌گیری در سازمان ملل، به‌ویژه حق وتو در شورای امنیت، امری لازم در جهان کنونی به نظر می‌رسد؛ هرچند راه آسان و همواری نخواهد بود؛ اما این اصلاح می‌تواند مانع بسیاری از ظلم‌ها و تعدی‌هایی شود که از سوی صاحبان قدرت و جبهه استکبار بر مظلومان روا داشته شده است.

#### ۴. دامنه اعمال ماده ۱۰۳

همان‌طور که در متن ماده ۱۰۳ دیده می‌شود، از تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب منشور و تعهدات آنها به موجب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی دیگر، صحبت شده است. حال سؤالاتی که می‌توان مطرح کرد این است

که آیا ماده ۱۰۳ تنها نسبت به تعهدات دولت‌های عضو سازمان ملل و طرف منشور اعمال می‌شود یا اینکه دول غیر عضو را هم دربرمی‌گیرد؟ و اینکه صرفاً منظور، برتری تعهدات منشور بر تعهدات ناشی از معاهدات است یا تعهدات ناشی از عرف یا قواعد آمره یا موافقت‌نامه‌های نزاکتی را هم دربرمی‌گیرد؟

در پاسخ به سؤال نخست، می‌توان چنین گفت که آنچه مسلم است، شمول ماده ۱۰۳ بر تعهداتی است که طرفین یا اطراف آن را اعضای سازمان تشکیل می‌دهند. نتیجه دیگری که می‌توان گرفت، این است که تعهداتی را هم که یک طرف آن، دولت‌های عضو سازمان هستند، دربرمی‌گیرد؛ اما نسبت به تعهداتی که اطراف آن را تماماً دول غیر عضو سازمان تشکیل می‌دهند، اختلاف نظر وجود دارد. دول غیر عضو، قاعداً چون طرف منشور نیستند، ماده ۱۰۳ درباره آنها اعمال نمی‌شود. این امری است که از اصل نسبی بودن قراردادهای و عبارت‌پردازی ماده ۱۰۳ برمی‌آید (کلیمیس، ۲۰۱۱، ص ۸۹۷). این دسته از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که دولت‌های غیر عضو به طور رسمی ملزم به رعایت ماده ۱۰۳ نیستند؛ مگر اینکه طرف موافقت‌نامه‌ای واقع شوند که طرف دیگر آن، دولت عضو سازمان باشد؛ یا اینکه خود به‌طور یک‌جانبه اعمال ماده ۱۰۳ را بپذیرند یا در موافقت‌نامه ذکر کنند. زیرا رویه کافی برای عرفی دانستن این ماده دیده نمی‌شود (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۳۰). از طرفی دیگر، برخی معتقدند که دولت‌های غیر عضو نیز به رعایت منشور سازمان ملل متحد، و در نتیجه ماده ۱۰۳ ملزم‌اند (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۲۸۸). به عبارت دیگر، ماده ۱۰۳ به همراه ماده ۳۰ (۱) کنوانسیون ۱۹۶۹م وین تبدیل به حقوق عرفی شده‌اند (بیگزاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۲). همچنین اگر برای منشور ویژگی قانون اساسی جامعه بین‌المللی قائل شویم، در این صورت، ماده ۱۰۳ ویژگی عام‌الشمول خواهد داشت (شریف، ۱۳۷۳، ص ۱۰۹). ذکر این نکته ضروری است، در حالی که معاهده منعقد، بین دو دولت غیر عضو سازمان باشد و در تعارض با قواعد آمره بوده، ابطال چنین معاهده‌ای به دلیل تعارض با قاعده آمره ممکن است. حال این قاعده آمره می‌تواند در زمره مقررات بنیادین منشور باشد؛ مانند اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها (بیگزاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۳). درباره تعهدات دولت‌های عضو سازمان و طرف منشور، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دولت‌هایی هم که عضو منشور نیستند، ولی با توجه به ماده ۹۳ (۱) عضو اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هستند، مشمول ماده ۱۰۳ می‌شوند یا خیر؟ ماده ۱۰۳ به دولت‌های عضو سازمان، و ماده ۹۳ به عضویت خودکار اعضای سازمان در اساسنامه دیوان اشاره می‌کند؛ اما منظور این نیست که دولت‌های طرف اساسنامه را هم در بر می‌گیرد؛ بلکه منظور دولت‌هایی است که عضو مجمع عمومی سازمان هستند (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۲۹۱ - ۲۹۲).

در پاسخ به سؤال دوم باید چنین بیان داشت که آنچه واضح به نظر می‌رسد، برتری تعهدات منشوری بر تعهدات ناشی از معاهدات دو یا چندجانبه و حتی اسناد تأسیس سازمان‌های بین‌المللی است. این نظری است که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه بدان اذعان داشت. دیوان بیان می‌دارد (رای دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۴، ص ۱۰۷): «ماده ۱۰۳ قابلیت اعمال نسبت به معاهدات دو یا چندجانبه بین اعضای ملل متحد، از جمله اسناد تأسیس سایر

سازمان‌های بین‌المللی، که خواه قبل از لازم‌الاجرا شدن منشور سازمان ملل منعقد شده باشند، خواه بعد از آن را دارد». برتری تعهدات منشوری بر تعهدات ناشی از معاهدات، در کنوانسیون‌های وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹ ماده ۳۰(۱) و ۱۹۸۶ ماده ۳۰(۶) آمده است. از موارد دیگری که به برتری تعهدات منشوری بر تعهدات اشاره کرده، یکی ماده ۱۳۲ منشور سازمان کشورهای آمریکایی ۱۹۴۸ و دیگری ماده ۷ پیمان ناتو ۱۹۴۹ است. حتی در مواردی هم که سازمانی قبل از ایجاد سازمان ملل تأسیس شده باشد، سازمان ملل از طریق انعقاد موافقت‌نامه با آن، رعایت ماده ۱۰۳ را خواستار شده است؛ نمونه بارز آن، اتحادیه جهانی پست است.

عبارت «موافقت‌نامه» در متن ماده، این شبهه را ایجاد می‌کند که آیا منظور، فقط معاهدات بین اعضای ملل متحد است یا سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، مانند توافق‌نامه‌های نزاکتی یا فراتر از آن، هر تعهد بین‌المللی ناشی از عرف را هم دربرمی‌گیرد؛ که در ادامه به این موضوع می‌پردازیم.

نظر غالب این است که عبارت «موافقت‌نامه» مذکور در ماده ۱۰۳ منشور، دارای چنان اطلاقی است که جای هیچ استثنایی باقی نمی‌گذارد و تمامی موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، از جمله معاهدات، اساسنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و تفاهم‌نامه‌ها و... را دربرمی‌گیرد. این استدلالی است که دیوان در قضایای نامیبیا و نیکاراگوئه ارائه داده است (رای دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۲، ص ۱۰۷ و رای ۱۹۶۲، ص ۴۰۷). اما به عقیده برخی، منظور از موافقت‌نامه‌های مذکور در ماده ۱۰۳، به قرینه ماده ۱۰۲، تنها معاهدات است و سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را در بر نمی‌گیرد (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۲۸۴ - ۲۸۵). به عبارت دیگر، توجه به منطوق ماده، این امر را به ذهن متبادر می‌کند که آزادی اراده هر یک از دولت‌های عضو ملل متحد در ایجاد تعهدات حقوقی، صرفاً از مجرای معاهده محدودیت پیدا کرده است (فلسفی، ۱۳۹۱، ص ۴۰۱)؛ اما این استدلال غیرمنطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا این امر را نمی‌توان پذیرفت که دولت‌ها بتوانند به صرف انعقاد سندی با تشریفات کمتر از معاهدات، تعهدات منشوری خود را ایفا نکنند و از اجرای ماده ۱۰۳ سر باز زنند (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۵۹۱). از رویه خود شورای امنیت هم این امر برمی‌آید؛ در مواردی که از دولت‌های عضو یا حتی غیر عضو تقاضا می‌کند بر اساس قطعنامه تحریمی شورا عمل کنند، تمام حقوق و تعهدات ناشی از هر موافقت‌نامه و سند، نه تنها معاهدات، را معلق می‌گرداند. مثال بارز آن، قطعنامه ۶۶۱ تحریمی شورا در قضیه عراق و کویت است که در آن، از تمامی دولت‌های عضو و غیر عضو می‌خواهد بر اساس این قطعنامه عمل کنند و هر قرارداد یا جواز را که قبل از این قطعنامه است، کنار بگذارند (قطع‌نامه ۶۶۱ شورای امنیت، ۱۹۹۰، ص ۵). هرچند نمی‌توان این عمل شورای امنیت را تفسیر ماده ۱۰۳ دانست اما از حیث عبارت‌پردازی و هدف، بسیار با ماده ۱۰۳ شباهت دارد و یکی است. برخی دیگر که قائل به تفسیر موسع از این ماده هستند، حتی دامنه شمول آن را به هر منبع موجد تعهد، حتی منابع یک‌جانبه، مانند اعلامیه‌های یک‌جانبه هم تسری داده‌اند؛ زیرا معتقدند که در غیر این صورت، کشورها می‌توانند با قرار دادن تعهدات خود در

قالب‌های متفاوت با معاهدات، مانند اعلامیه‌های یک‌جانبه، خود را از اعمال ماده ۱۰۳ رها سازند (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۶۰۱). تنها استثنای وارد بر این ماده، معاهدات منعکس‌کننده قواعد آمره هستند. در این صورت، مقررات منشور نمی‌توانند بر آنها برتری یابند؛ هرچند بروز چنین امری ممکن نیست؛ زیرا قواعد اولیه منشور هیچگاه در تعارض با قواعد آمره نیستند؛ بلکه خود منعکس‌کننده و حامی آنها هستند. از طرفی دیگر، تصمیمات شورای امنیت هم نمی‌تواند قواعد آمره را نادیده بگیرد و در هنگام تفسیر باید منطبق با آنها تفسیر شود (سیما و دیگران، ۲۰۱۲، ص ۲۱۲۹، اوراکل اشویلی، ۲۰۰۷، ص ۱۵۰؛ شاو و دیگران، ۲۰۰۳، ص ۱۳).

اما درباره قواعد عرفی، در ابتدا می‌توان گفت که از عبارت‌پردازی ماده ۱۰۳ و کاربرد لفظ موافقت‌نامه، شمول تعهدات ناشی از عرف برداشت نمی‌شود (کلسن، ۱۹۴۹، ۲۸۴، اوراکل اشویلی، ۲۰۰۷، ص ۱۵۰). کارهای مقدماتی نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند. تهیه‌کنندگان پیش‌نویس منشور، از به‌کارگیری عبارتی که صریحاً حقوق عرفی و سایر منابع حقوقی را هم در برگیرد، خودداری کرده‌اند (کنفرانس ملل متحد، ۱۹۴۵، ص ۳۷۶). تصویب متن نهایی ماده به‌شکل کنونی، حاکی از عدم پذیرش هیئت‌های نمایندگی از گنجاندن عبارتی است که تمام منابع موجد تعهد را دربرگیرد، است (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۶۰۵). حتی گروهی از هیئت‌های نمایندگی از گنجاندن هر عبارتی که حاکی از برتری تعهدات منشوری بر هر تعهدی، اعم از قراردادی باشد، سر باز می‌زدند و معتقد بودند که این مقرر به اصول عرفی واگذار شود (کنفرانس ملل متحد، ۱۹۴۵، ص ۶۵۴). بررسی رویه ارگان‌های سازمان ملل حاکی از این است که این برتری شامل حقوق عرفی نمی‌شود. در این راستا می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: در اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه و همکاری بین دولت‌ها منطبق با منشور ملل متحد، مجمع عمومی در اصل هفتم ضمیمه قطعنامه، به طور صریح متن ماده ۱۰۳ را تکرار کرده و بیان داشته است که تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی در صورت تعارض با تعهدات منشوری اجرا نمی‌شوند (قطع‌نامه ۲۶۲۵ مجمع عمومی، ۱۹۷۰، ص ۷). بنابراین، مجمع عمومی در پی گنجاندن تمامی منابع حقوق بین‌الملل در دامنه مقرر ماده ۱۰۳ نبوده است. این خطا مشی مجمع عمومی، در اعلامیه تقویت امنیت بین‌المللی ۱۹۸۴ و اعلامیه اصول خودداری از تهدید یا توسل به زور ۱۹۸۷ نمود یافت. در قطع‌نامه‌های شورای امنیت هم آنچه مربوط به اعمال ماده ۱۰۳ و برتری تصمیمات شورا بر تعهدات اعضای سازمان است، راجع به تعهدات قراردادی است، نه تعهدات ناشی از عرف (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۶۰۷). بسیاری از مفسران نیز دامنه شمول برتری تعهدات منشوری را به سایر منابع حقوق بین‌الملل تسری نداده‌اند (کلسن، ۱۹۴۹، ص ۲۸۴؛ اوراکل اشویلی، ۲۰۰۵، ص ۶۹؛ روس، ۱۹۵۰، ص ۳۳ - ۳۴).

اما دیدگاه برخی حاکی از این است که این برتری مقررات منشور، بر حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی هم قابل اعمال است و معتقدند، این امری است که از رویه شورای امنیت در موارد برخورد با تعهدات عرفی متعارض به‌دست می‌آید (گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۲۰۰۶، ص ۳۴۵؛ دوپویی، ۱۹۹۷، ص ۱۳؛ رأی دیوان بین‌المللی دادگستری،

۱۹۹۳، ص ۱۰۰). زیرا در غیر این صورت، حقوق عرفی می‌تواند بر مقررات منشور برتری یابد و محدودیتی بر آن و به‌ویژه بر تصمیمات شورای امنیت بار کند؛ که این امر با حدود صلاحیت شورا به موجب مواد ۲۴، ۳۹، ۴۱ و ۴۲ مغایر است (اوستونز، ۱۹۹۹، ص ۵۵۷ - ۵۵۸). از سویی دیگر، با توجه به ویژگی اساسی بودن مقررات منشور و رویهٔ به‌رسمیت شناخته‌شدهٔ دولت‌ها و ارگان‌های سازمان ملل، تعهدات منشوری هم‌چنین ممکن است بر سایر تعهدات عرفی متعارض و ناهماهنگ برتری یابد (گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۲۰۰۶، ص ۳۴). به‌طور کلی و با توجه به استدلالات ارائه‌شده توسط هر گروه از صاحب‌نظران، گرایش ایجادشده در دیوان‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی حاکی از برتری تعهدات منشور بر سایر منابع، از جمله تعهدات ناشی از عرف، می‌باشد (لیووجا، ۲۰۰۸، ص ۶۱۱ - ۶۱۲). این موضوع با روح حقوق بین‌الملل مدرن که در آن هیچ قاعده‌ای نباید بر منشور برتری یابد، در هماهنگی بیشتری است (دوپوی، ۱۹۹۷، ص ۱۴). در غیر این صورت، محدودیت‌های وارده بر عملکرد شورای امنیت، بیش‌ازحد خواهد شد. در واقع، نظام ناشی از فصل هفتم منشور، مبتنی بر اولویت این نظام بر عرف است (بیگ‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۳۲۲).

### نتیجه‌گیری

با بررسی مواد ۱۰۳ و ۲۵ این نتیجه به‌دست می‌آید که در مواقع بروز تعارض بین تعهدات ناشی از منشور و سایر تعهدات ناشی از معاهدات، موافقت‌نامه‌های نزاکتی، و اسناد تأسیس سازمان‌های بین‌المللی، نه تنها تعهدات منشور برتری می‌یابند، بلکه این برتری به حوزهٔ تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی نیز سرایت می‌کند. البته نظر دیگری هم وجود دارد که قائل به تفسیر مضیق بوده و صرفاً دامنهٔ اعمال مادهٔ ۱۰۳ را به تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی می‌داند. این امری است که در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری و شورای امنیت بارها مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال، در قضایای نامیبیا و اقدامات نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه، عبارت‌پردازی آرا دارای چنان اطلاقی است که نمی‌توان صرفاً دامنهٔ شمول آن را به معاهدات محدود کرد؛ زیرا توالی فاسدی به دنبال دارد که با اهداف منشور و نظم عمومی بین‌المللی مغایرت خواهد داشت. لازم به ذکر است که منظور از تعهدات منشوری، صرفاً حقوق بنیادین مندرج در منشور، مانند اصل عدم توسل به زور یا اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها نیست؛ بلکه تصمیمات الزام‌آور شورای امنیت را هم در برمی‌گیرد؛ اما آن دسته از تصمیماتی که در حدود اختیار شورای امنیت و مطابق با منشور باشد و هیچ قاعدهٔ آمره‌ای را نقض نکند، که در غیر این صورت، اساس قانونی بودن تصمیم، زیر سؤال خواهد رفت. از سویی دیگر، منطقی به‌نظر می‌رسد که برای حفظ وحدت حقوقی منشور، امنیت حقوقی در روابط بین‌المللی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، گسترهٔ اعمال مادهٔ ۱۰۳ را نیز تنها محدود به دول عضو سازمان ملل ندانیم؛ بلکه به دول غیر عضو نیز تسری دهیم؛ زیرا اولویت مندرج در مادهٔ ۱۰۳ منشور، خود در زمرهٔ حقوق عرفی درآمده است؛ تفسیری که مورد مخالفت برخی از حقوق‌دانان واقع شده و منجر به ارائهٔ این نظر گردیده است که دامنهٔ اعمال مادهٔ ۱۰۳ فقط ناظر به دولت‌های عضو سازمان خواهد بود.

منابع .....

- آقایی، سید داوود، ۱۳۸۴، *نقش و جایگاه شورای امنیت در نظم نوین جهانی*، چ دوم، تهران، نسل نیکان.
- بیگزاده، ابراهیم، ۱۳۹۱، *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، چ دوم، تهران، مجد.
- تقفی عامری، ناصر، ۱۳۷۶، *سازمان ملل متحد: مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی*، چ دوم، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه.
- سادات میدانی، سید حسین، ۱۳۸۴، *صلاحیت قانون‌گذاری شورای امنیت*، چ اول، تهران، وزارت امور خارجه.
- شریف، محمد، ۱۳۷۳، *بررسی دگرترین نامحدود بودن صلاحیت شورای امنیت*، چ دوم، تهران، اطلاعات.
- فلسفی، هدایت الله، ۱۳۹۱، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چ سوم، تهران، نشر نو.
- A/RES/25/2625, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with Charter of the United Nations, Annex, part 7, 1970*
- A/RES/25/2734, Declaration on Strengthening International Security, 1984.*
- Agreement between the United Nations and the Universal Postal Union, 1947.*
- Ahmad Ali Yusuf and Al Barakat International Foundation, EU Court of First Instance, Case T\_306/01, 21 September 2005.*
- Al-Jedda v UK Appl No 27021/08, ECtHR, 7 July 2011.*
- Application for revision and interpretation of the judgment of 24 February 1982 in the case concerning the continental shelf (Tunisia v Libya), I.C.J. Reports 1985, separate opinion of judge Ruda.*
- Application of convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v Serbia and Montenegro), Separate Opinion of Judge Lauterpacht, I.C.J Reports 1993.*
- Aufricht, Hans ,1952, "Suppression of Treaties in International Law", *Cornell Law Review*, vol. 37, Issue.2, pp. 655-700
- Charter of Organization of American States .1948.*
- Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation 26 January 1973.*
- Declaration on Principles of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations annexed to A/RES/42/22, 1987.*
- Dumbarton Oaks Proposal for a General International Organization, chapter VI: the Security Council, 1944.*
- Dupuy, Pierr-Marie, 1997, "the Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Plank Year Book of United Nations Law*, vol. 1, pp. 1-33
- Fragmentation of international law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, ILC Rep. finalized by Marti Koskeniemi, 2006.*
- Indonesia Certain measures Affecting the Automobile Industry, WTO Panel report, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, July 1998.*
- Kelsen, Hans, 1949, "Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under other International Agreements: An Analysis of Article 103 of the Charter", *University of Pittsburg Law Review*, vol. 10, pp. 284-311

- Klimis, Emmanuel, 2011, *Article 34 Convention of 1986, vol. 1., in Olivier. Corten and Pierre. Klein Ed, the Vienna Convention of the Law of treaties: a Commentary, London*, Oxford University Press,
- Kolb, Robert, 1949, "Does the Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?", *Max Plank Institut fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht*, vol. 64, pp.21-35
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1971.
- Liivoja, Rain, 2008, "*the Scope of Supremacy Clause of the United Nations Charter*", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, pp. 583-612
- M. shaw, K. Wellens, *Third International Law Association Report on Accountability of International Organizations*, 2003, Final Report on Accountability of International Organizations, 2004.
- Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and admissibility*, I.C.J. Reports 1984; Preliminary Objection, Separate Opinion of Judge Jessup, I.C.J. Reports.
- North Atlantic Treaty 1949*.
- Oosthuizen, Gabriel, 1999, "*Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is unbound by law*", *Leiden Journal of International Law*, vol.12, issue 3, pp. 549-563.
- Orakhelashvili, Alexander, 2005, "*the Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*", *EJIL*, vol.16, pp. 59-88.
- Orakhelashvili, Alexander, 2007, "the Acts of Security Council: Meaning and Standards of Review", *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11, pp. 143-195.
- Oxford Dictionary of English*, 2nd Ed, 2005, London, Oxford University Press,
- Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal convention arising from aerial incidents at Lockerbie (Libya v. United States of America), provisional measures*, I.C.J. Reports 1992.
- Ross, Alf, *Constitution of the United Nations: Analysis of Structure and Function*, 1950, New York, first ed, Rinehart and Company.
- S/RES/1054 (1996)
- S/RES/1276 (1999)
- S/RES/1519 (2003)
- S/RES/661 (1990)
- S/RES/670 (1990)
- S/RES/733 (1992)
- S/RES/748 (1990)
- S/RES/748 (1992)
- S/RES/757 (1992)
- S/RES/787 (1992)
- S/RES/820 (1993)
- S/RES/841(1993)
- S/RES/864(1993)
- S/RES/883(1993)

Schweigman, David, 2001, *the Authority of Security Council under Chapter 7 of the United Nation Charter: Legal Limits and the Role of the ICJ, first edition*, The Hague/ London/Boston, Kluwer Law International.

Simma, Bruno & others, 2012, *the Charter of the United Nations: a commentary, 3rd Ed*, London, Oxford University Press.

*South west Africa (Liberia and Ethiopia v. South Africa)*, I.C.J. Reports 1962

*United Nations Conference on International Organization*, vol. 13, 1945.

*United Nations Conference on International Organization*, vol. 19, 1945.

*Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*.

*Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986*

Vierdag, Edward, 1988, "The Time of Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the VCLT and related Provisions", *British Yearbook of International Law*, vol. 59, issu 1, pp. 75-111.



## تبیین حدود و شمول به کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه از منظر حقوق بین‌الملل

kahrizi@ut.ac.ir

رژینا کهریزی / دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

ابراهیم موسی‌زاده / دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۵ - پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۱۸

### چکیده

به کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه، متأثر از عوامل متعددی چون غیربین‌المللی شدن درگیری‌های مسلحانه و جنگ‌افزارهای در دسترس و نوین، بیش‌ازپیش پیچیده شده و رو به افزایش است. حقوق بین‌الملل از زمان کنوانسیون‌های ژنو (ماده ۳ مشترک) در راستای حمایت از کودکان در برابر به کارگیری آنها در مخاصمات مسلحانه دست به کار شده است؛ اما توسعه گسترده این حمایت‌ها تحت شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل موجب شده است تا پیچیدگی‌ها و بعضاً شکاف‌هایی در مفاهیم حقوقی مربوطه بروز یابد. هدف از این تحقیق، تبیین گسست‌ها و پیچیدگی‌های حقوقی یادشده و حتی‌المقدور انسجام‌بخشی به آنهاست. سؤال تحقیق عبارت است از اینکه بر اساس منابع حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بشر و حقوق کیفری بین‌المللی، دایره شمول و ابهامات تعاریف واژه‌هایی چون کودک، درگیری و مخاصمه مسلحانه، به کارگیری و مشارکت کودک در درگیری‌های مسلحانه، به کارگیری و مشارکت مستقیم / غیرمستقیم و داوطلبانه / اجباری، درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی در تمایز با غیربین‌المللی و داخلی چیست؟ پاسخ به این سؤال با روش تحقیق مطالعات کتابخانه‌ای و اسنادی صورت گرفته است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که ابهامات و گسست‌های تعریف «مشارکت کودک در مخاصمات»، آنها را آسیب‌پذیرتر کرده است. در این راستا، ارتقای حداقل سن حمایتی به هجده سال، حذف شروط محدودکننده حمایت‌ها همانند نیاز به مستقیم بودن یا فعال بودن مشارکت کودک در مخاصمه، و رفع ابهامات موجود در تعاریف و تمایزات - که موجب تفسیر به رأی و اتخاذ رفتارهای دوگانه دولت‌ها و گروه‌های مسلح غیردولتی در قبال درگیری‌های مسلحانه مشابه شده است - توصیه می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: کودک، مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی، به کارگیری داوطلبانه، اجباری، مشارکت مستقیم، غیرمستقیم.

## مقدمه

پدیده روزافزون به کارگیری کودکان، چه به صورت داوطلبانه یا اجباری، یک واقعیت نگران کننده و چالش برانگیز جهان امروز محسوب می‌شود. مطابق گزارش یونیسف در سال ۲۰۰۲م و گزارش ائتلاف غیردولتی توقف استفاده از کودک سربازان در سال ۲۰۰۸م، حدود سیصد هزار کودک زیر هجده سال در درگیری‌های مسلحانه نقش فعال دارند و از لحاظ گستردگی، این به کارگیری کودکان در بیش از ۸۶ کشور و سرزمین رخ می‌دهد (ائتلاف بین‌المللی کودک سربازان، ۲۰۰۸، ص ۱۲؛ یونیسف، ۲۰۰۲، ص ۸). در این میان، تغییر چهره جنگ‌ها در قرن گذشته از درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی به درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی (داخلی)، پیچیدگی‌ها و مشکلات بسیار زیادی را به همراه داشته است و درصد قربانیان غیرنظامی مخاصمات به شدت افزایش یافته و تا نود درصد قربانیان را نیز تشکیل داده است (ماشل، ۱۹۹۳، ص ۴). منابع اصلی حقوق بین‌الملل در زمینه به کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه عبارت‌اند از: ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل دوم الحاقی ژنو ۱۹۷۷ (حقوق بشردوستانه بین‌المللی)؛ کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل ۱۹۸۹ و پروتکل اختیاری آن ۲۰۰۰ (حقوق بشر بین‌المللی)؛ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۱۹۹۸ (حقوق کیفری بین‌المللی)؛ و کنوانسیون ۱۸۲ سازمان بین‌المللی کار مبنی بر بدترین اشکال کار کودک ۱۹۹۹. یکی از ملزومات بررسی دستاوردها و کاستی‌های حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت از کودکان در برابر به کارگیری آنها در درگیری‌های مسلحانه، داشتن درکی صحیح از تعاریف ارائه شده درباره کودک، کودک سرباز، تمایز به کارگیری و مشارکت کودک در مخاصمات، تمایز به کارگیری داوطلبانه و اجباری کودکان، تمایز به کارگیری مستقیم و غیرمستقیم کودک، تعریف مخاصمه و درگیری مسلحانه، و تمایز درگیری مسلحانه بین‌المللی در برابر درگیری مسلحانه غیربین‌المللی است. به عبارتی، دایره شمول، ابهامات و احیاناً همپوشانی‌ها یا شکاف‌های موجود میان تعاریف واژه‌های یادشده تحت اسناد مختلف حقوق بین‌الملل، از پیش‌نیازهای تحلیل دقیق و صحیح کفایت و اثربخشی حقوق کنونی در حمایت از کودکان در برابر درگیری‌های مسلحانه است که موضوع نوشتار پژوهشی پیش روست.

در این گفتار، تعاریف حقوقی از «کودک» تحت حقوق بشردوستانه بین‌الملل و حقوق بشر بین‌الملل، «به کارگیری یا مشارکت» مستقیم و غیر مستقیم کودک، «به کارگیری یا مشارکت» اجباری و داوطلبانه کودک در درگیری‌های مسلحانه، و تمایز میان «درگیری مسلحانه» و «درگیری مسلحانه غیربین‌المللی» ارائه شده‌اند. هدف از تعریف واژگان یادشده و بحث درباره حدود و تمایزات آنها، کاهش ابهامات و یکسان‌سازی پیش‌فرض‌های ذهنی خوانندگان و محقق از حدود موضوع در دست بررسی است.

## ۱. تعریف کودک

ارائه تعریفی که بتواند تمامی جنبه‌های حیات اجتماعی و به‌ویژه حقوقی کودکان را در دنیای امروز دربرگیرد، به هیچ‌وجه آسان نیست. به نظر، پاسخ این سؤال که آیا می‌توان با ارائه یک معیار سنی واحد، درباره تمامی حقوق کودک، از جمله حق

خرید و فروش اموال منقول و غیرمنقول، حق انتخاب کردن متصدیان کشور و انتخاب شدن، مسئولیت مدنی و کیفری در برابر اعمال و تصمیمات و...، و درباره موضوع مورد بحث، حق و مسئولیت شرکت در مخاصمات مسلحانه و عضویت در نیروهای مسلح پاسخگو بود، منفی است. در راستای زدودن ابهام از مفهوم کودکی، آن را با بلوغ (جسمی و ذهنی) پیوند داده‌اند. بلوغ ذهنی نیز همان شرط عقل در صحت تصمیمات و مسئولیت‌های حقوقی است. با این وجود، پیوند دادن مفهوم کودکی با بلوغ و بلوغ با عقل، از دشواری تعریف کودک کم نکرده، بلکه به آن افزوده است. حتی در مورد یک حق خاص، مانند مشارکت داوطلبانه در مخاصمات نیز به دلیل تفاوت‌های جوامع مختلف و نیز افراد مختلف در یک جامعه واحد، تعیین سنی یکسان دشوار است (سید فاطمی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۴-۳۸۹).

دسته‌بندی کودک بر اساس سن، در تعیین افرادی که مُحق اعطای وضعیت و حقوق خاص هستند، حیاتی و مهم است؛ چراکه سن معیاری عینی، قابل قبول و مشخص است. از برآیند حمایت‌های ویژه و رعایت مصلحت کودک در محدودیت‌های بهره‌مندی از پاره‌ای حقوق، می‌توان گفت تعیین سن معین (با دیدگاه حمایتی و محافظه‌کارانه)، نگرانی اخلاقی رفتار قیمومت‌آبانه غیرموجه افراد بالغ عاقل را تا حدودی مرتفع خواهد کرد. البته این سن باید به‌عنوان معیار کاشف به‌شمار آید، نه اینکه خود دارای ارزش ذاتی و استقلال طبیعی باشد.

### ۱.۱. تعریف کودک در حقوق بشردوستانه بین‌الملل

به‌طور کلی، کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های ژنو تعریف دقیقی از کودک ارائه نمی‌دهند؛ با اینکه شامل قواعدی درباره کودکان، افراد نابالغ، والدین و کودکانشان، کودکان زیر هجده، پانزده، دوازده و هفت سال، موارد زایمان زنان باردار و مادران احتمالی هستند. واگرایی گروه‌های یادشده نمایانگر نیازهای متفاوت هر گروه است. در نگاه کلی، قواعد ژنو سن پانزده سال را به‌عنوان سقف سنی‌ای که کودکان از حمایت‌های ویژه بهره‌مندند را پایه‌گذاری می‌کنند. به عنوان مثال کنوانسیون چهارم ژنو در ماده ۱۴ خود در ارتباط با مناطق امن، حمایت‌های ویژه ارائه‌شده برای کودکان را تنها شامل حال کودکان زیر ۱۵ سال معرفی می‌نماید و یا به‌طور مشابه در ماده ۲۳ خود در ارجاع به ضعیف‌ترین طبقات جمعیتی در موضوع ارسال آزاد کمک‌های ضروری از کودکان زیر ۱۵ سال به‌عنوان یکی از موارد نام می‌برد. در حمایت‌های ویژه اعطایی به کودکان مطابق بند ۳ ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی ژنو شاهد ممنوعیت مطلق به‌کارگیری آنها در درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی برای تنها کودکان زیر ۱۵ سال هستیم. این ممنوعیت مطلق دربرگیرنده انواع نقش‌های کودکان در مخاصمات اعم از نقش فعال (رزمنده) یا غیرفعال (جانبی و کمک‌رسان) و نیز شامل گروه‌های مسلح غیردولتی و نیروهای مسلح دولتی می‌باشد.

ماده ۲۴ کنوانسیون چهارم ژنو درباره حمایت‌های ارائه‌شده برای کودکان، این حمایت‌ها را مختص به کودکان زیر پانزده سال دانسته است که در اثر جنگ یتیم شده و یا از خانواده‌هایشان جدا شده‌اند. این ماده، طرفین را به اتخاذ اقدامات لازم برای اطمینان از اینکه چنین کودکانی به حال خود رها نمی‌شوند و مراقبت از آنها، انجام امور مذهبی‌شان

و آموزش آنها تحت تمامی شرایط تسهیل می‌گردد، ملزم می‌کند. از طرفی نیز مطابق تفسیر حقوقی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، سقف سنی پانزده سال برای اهداف آموزشی و نگهداری از کودکان تعیین شده است؛ چراکه کودکان پس از آن سن به سطحی از بلوغ رسیده‌اند که دیگر نیازی به چنین اقدامات حمایتی ویژه نیست (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۷۳). با این وجود، در ماده ۵۱ کنوانسیون چهارم ژنو، برخلاف اغلب مفاد کنوانسیون و موارد مطروحه، سن هجده سال را برای ممنوعیت کار کودکان اعلام می‌کند. این کنوانسیون (همانند دو پروتکل الحاقی کنوانسیون‌های ژنو) حکم مرگ را نیز محدود به افراد بالای هجده سال کرده است. با چشم‌پوشی از این چند استثنا، کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی، عموماً سن پانزده سال را معیار تعریف کودک دانسته‌اند (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۷۴).

## ۲-۱. تعریف کودک در حقوق بشر بین‌الملل

اسناد اولیه حقوق بشر بین‌الملل تعریفی از کودک یا مفاهیم مشابه ارائه ندهاده بودند؛ هر چند قواعد متعددی را دربرداشتند که شامل لغاتی همچون کودک، کودکان، افراد جوان یا نوجوان بودند (بری نمونه، رک: به بند ۳ ماده ۱۰ کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، قطعنامه ۲۲۰۰ (۱۹۶۶) مجمع عمومی؛ همچنین بند ۵ ماده ۵ بندهای ۴ و ۵ ماده ۱۷ و ماده ۱۹ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (سازمان دولت‌های قاره آمریکا) (۱۹۶۹)؛ همچنین بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (۱۹۵۰)؛ همچنین بند ۳ ماده ۱۸ منشور آفریقایی حقوق افراد و انسان (۱۹۸۱)). میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی در بند ۵ ماده ۶ خود، حقوق و آزادی‌های فردی کودکان در محاکم کیفری، حقوق مرتبط با والدین و حمایت از کودکان در مواقع ازهم‌پاشیدگی ازدواج را تعیین و قاعده‌مند می‌کند. همانند کنوانسیون چهارم ژنو، میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی نیز حد مشخص سنی هجده سال را برای تحمیل مجازات مرگ تعیین کرده است. کمیته حقوق بشر سازمان ملل در تفسیر موازین حقوقی میثاق یاد شده بیان می‌کند که به‌جز موارد ضروری، حداقل سن بلوغ یا کار کودک نباید در حد پایینی تعیین شود و دولت‌های عضو تحت هیچ شرایطی نمی‌توانند با عنوان کبر سن کودک تحت قوانین داخلی‌شان، از تعهدات خود در این میثاق مبرا شوند (تفسیر عمومی شماره ۱۷ کمیته حقوق بشر - جلسه ۳۵ مورخ ۱۹۸۹).

اما کنوانسیون حقوق کودک، نه‌تنها برای اولین بار تعریف دقیقی از کودک ارائه می‌دهد، بلکه در بند ۱ ماده ۲ خود دولت‌های عضو را متعهد به احترام و اطمینان از حقوق تعیینی در کنوانسیون می‌کند. ماده ۱ کنوانسیون یاد شده کودک را چنین تعریف می‌کند: «هر انسانی که سنی کمتر از هجده سال دارد؛ مگر اینکه مطابق قانون قابل اعمال، بلوغ در سن پایین‌تری تعیین شده باشد». به این ترتیب، اگر طبق قانون هر یک از کشورهای عضو، سن بلوغی کمتر از هجده سال تعیین شده باشد، همان تعریف بر کودک صادق است. به‌نظر بعضی از صاحب‌نظران، تعیین حد بالای هجده سال به‌عنوان سن بلوغ توسط کنوانسیون حقوق کودک، برای دستیابی به انعطاف‌پذیری بوده است. برخلاف کنوانسیون حقوق کودک، منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک (منشور کودک آفریقایی) حد سنی

حداکثری تعیین نمی‌کند، به‌طوری‌که دولت‌ها قادر باشند آن را به‌سمت پایین‌تر تغییر دهند؛ بلکه در ماده ۲ کودک را به کلیه افراد زیر هجده سال تعریف می‌کند و در سرتاسر منشور، این تعریف و حد سنی حفظ و اعمال شده است. این در حالی است که مفاد منشور آفریقایی حقوق بشر و حقوق مردم (۱۹۸۱) منعکس‌کننده زمین، شرایط و حساسیت‌های ویژه این قاره است و تقریباً در تمامی اسناد حقوق بشر آفریقا، همانند منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک (۱۹۹۰)، و پاراگراف ۷ از دیپاچه منشور یاد شده، بر میراث فرهنگی، پیشینه تاریخی و تمدن به‌عنوان عوامل اثرگذار بر مفاهیم حقوقی در این قاره تأکید شده است (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۸۰). در بند ۴ ماده ۲۳ منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک، این مشکلات ویژه- که کودکان آفریقایی با آنها مواجه‌اند- شامل احتمال بالقوه معلولیت، پناهندگی یا آوارگی‌های داخلی برشمرده شده است. کنوانسیون حقوق کودک به این حساسیت‌های ویژه نمی‌پردازد و با توجه به اینکه اکثر معاهدات جهانی حقوق بشری محصول سازش طرف‌های مختلف معاهده و با هدف ایجاد تراضی میان فرهنگ‌های واگرا هستند، چنین امری قابل درک است.

## ۲. تعریف به‌کارگیری و مشارکت کودک در مخاصمات

عبارت به‌کارگیری کودکان، به دو صورت «به‌کارگیری در نیروهای مسلح» و «به‌کارگیری در درگیری‌های مسلحانه» مطرح می‌شود که دومی زیرمجموعه یا حالت خاصی از اولی است؛ بدین صورت که به‌کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه، شامل روش‌های گوناگون رسمی و غیررسمی (بالفعل) می‌شود که یک کودک عضو یک گروه یا نیروی مسلح می‌گردد و در درگیری مسلحانه نیز شرکت داده می‌شود. بنابراین کودکانی که تنها عضو نیروها یا گروه‌های مسلح هستند و در درگیری‌ها شرکت داده نمی‌شوند، خارج از تعریف به‌کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه و نیز حیطة این تحقیق قرار می‌گیرند.

به‌کارگیری کودک در درگیری‌های مسلحانه می‌تواند داوطلبانه یا اجباری باشد که بعضاً قواعد بین‌المللی مرتبط با آنها متفاوت است که در ادامه توضیح داده شده‌اند. تقسیم‌بندی دیگر، به‌کارگیری مستقیم یا غیرمستقیم کودک در درگیری‌های مسلحانه است که به‌دلیل تعدد استناد به عبارت «مشارکت مستقیم در مخاصمات (درگیری‌های مسلحانه)» به‌عنوان شرط برخورداری گروه‌های مختلف، از جمله کودکان به‌کارگرفته‌شده در مخاصمات، از حمایت‌های اعطایی به آنها در اسناد بین‌المللی، تعریف و تمایز مشارکت مستقیم از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. با وجود این، تنها تلاش جدی در راستای ارائه تعریف از این مفهوم توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با همکاری مؤسسه «اسر» و به‌صورت برپایی نشست‌هایی تخصصی از سال ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۸ صورت گرفته است که در نهایت به انتشار راهنمای تفسیری صلیب سرخ در خصوص مشارکت مستقیم در مخاصمات از منظر حقوق بشردوستانه بین‌الملل منجر شده است (ملزر، ۲۰۰۸، ص ۹).

در تعریفی ابتدایی، مشارکت در مخاصمه به مشارکت در استفاده مستقیم از خشونت علیه نیروهای دشمن تعریف شده است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر خود از پروتکل اول الحاقی، مشارکت در مخاصمات را به معنای وجود «رابطه علیت مستقیم» میان فعل انجام‌شده و «خسارت» حاصله در زمان و مکان بروز مخاصمات دانسته است (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۷۱). عنصر سوم در تعریف مشارکت مستقیم، پیوند خصمانه است که متضمن رخداد مشارکت در خلال مخاصمه مسلحانه و پیوستگی مستقیم با آن است (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۸۰). با توجه به اینکه عموماً مشارکت مستقیم غیرنظامیان در مخاصمه مدنظر است و این مشارکت در گوناگونی گسترده‌ای از زمینه‌های جغرافیایی، فرهنگی، سیاسی و نظامی رخ می‌دهد، در تعیین این امر که یک فعل مشخص مصداق مشارکت مستقیم در مخاصمات هست یا خیر، باید به اوضاع و احوال غالب در زمان و مکان توجه کرد. در واقع، قضاوت باید به صورت موردی باشد؛ چراکه قضاوت‌های ازپیش تعیین‌شده ممکن است قادر نباشند موازنه‌ای میان ضرورت‌های نظامی و حفظ حقوق غیرنظامیان برقرار سازند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۷۰-۷۱).

مفهوم مشارکت مستقیم در مخاصمات در ارتباط با غیرنظامیان بایستی در معنایی مضیق و به‌عنوان یک فعل خصمانه خاص تفسیر گردد تا حمایت حداکثری را از این قشر به‌همراه آورد؛ اما از سوی دیگر، جهت بهره‌مندی حداکثری کودکان به‌کارگرفته‌شده در مخاصمات از حقوق مشروط خود تحت اسناد حقوقی بین‌المللی، می‌بایست از تفسیر مبسوط استفاده گردد. این دو ضرورت، در تناقض با یکدیگرند و مشکلاتی را در تفسیر شمول ممنوعیت مشارکت مستقیم کودکان در مخاصمات و اعمال حمایت‌های اعطایی ایجاد می‌کنند. رهبران سیاسی یکی از مرتکبان جنایات جنگی در ارتباط با به‌کارگیری کودکان محسوب می‌گردند؛ هرچند به‌طور مستقیم کودکان را وارد عرصه نبرد نکرده باشند. در مورد مداخله رهبران سیاسی در مخاصمات، سه ضابطه «ارتباط مستقیم با عملیات نظامی»، «اشتغال رهبران سیاسی» و «ارزش نظامی» مورد اشاره قرار گرفته است (عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۳۲۵). برخی مشارکت رهبران سیاسی در «اتخاذ تصمیم» و «گسیل داشتن نیروها» و «طراحی عملیات» را همانند اجرای عملیات، مشارکتی مستقیم دانسته‌اند. در اینجا وجود ارتباط میان فعل و خسارت اهمیت دارد، نه دستورات صادره توسط مقامات سیاسی به عنوان عامل بروز خسارت (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۷۷).

کمیته مقدماتی تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی (۱۹۹۸) در تفسیر عبارت «استفاده از کودکان جهت مشارکت فعال در مخاصمات» مندرج در بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی چنین آورده است:

کلمات استفاده و مشارکت (فعال) شامل هر دو دسته مشارکت مستقیم در نبرد و نیز مشارکت فعال در فعالیت‌های نظامی مرتبط با نبرد همانند جاسوسی، خراب‌کاری، پشتیبانی و استفاده از کودکان به‌عنوان طعمه، پیام‌رسان و یا در ایست‌های بازرسی نظامی می‌شود. این عبارت شامل فعالیت‌های کاملاً نامرتب با مخاصمات، از قبیل تحویل آذوقه به هوایماها یا استفاده از کارمند داخلی در محل کار افسران نظامی نمی‌باشد. البته استفاده از کودکان برای کارهای پشتیبانی مستقیم، همانند حاملان اقلام تأمینی، خطوط مقدم و یا فعالیت‌هایی که در خط مقدم صورت می‌گیرند، در شمول این عبارت قرار می‌گیرند (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۸۷).

از لحاظ کاربردی و به زبان ساده، به‌کارگیری مستقیم کودک در مخاصمه به‌عنوان رزمنده، دربرگیرنده نقش مستقیم وی در درگیری است؛ اما در به‌کارگیری غیرمستقیم، تنها به وظایفی چون جاسوسی، دیده‌بانی، تدارکات، خبررسانی و غیره - که نقش حمایتی و غیرمستقیم در درگیری مسلحانه دارند - گمارده می‌شود. شایان ذکر است که دو عبارت به‌کارگیری و مشارکت کودک به‌جای یکدیگر استفاده می‌شوند و در این نوشتار نیز معادل یکدیگر به‌کار برده شده‌اند. البته بعضی مشارکت را به‌معنای حضور داوطلبانه کودک و به‌کارگیری را به معنای اجباری تفسیر کرده‌اند اما استفاده از پسوند اجباری یا داوطلبانه برای هر دو کلمه «به‌کارگیری» و «مشارکت» در اسناد حقوق بین‌الملل و پژوهش‌های حقوقی و نیز اختلاف‌نظرها در تفسیر این واژه‌ها، مؤید یکسان بودن مفهوم آنهاست (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۸۵).

مسئله دیگر، استفاده از اصطلاح مشارکت فعال در مخاصمه در معاهدات حقوق بشر دوستانه بین‌الملل و نیز اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است که موجب شده است تا برخی قائل به تفاوت معنایی میان آن و اصطلاح مشارکت مستقیم گردند؛ اما باید توجه داشت که به‌کارگیری اصطلاح یکسان برای هر دو عبارت در متون فرانسوی معاهدات حقوق بشر دوستانه و نیز با توجه به اصول پذیرفته‌شده تفسیر معاهدات - که در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین تجلی یافته - این دو عبارت، هم‌معنا ارزیابی می‌شوند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۸۰). دادگاه کیفری رواندا در برابر متهم ژان پل آکایسو (۱۹۹۸) نیز این دو اصطلاح را هم معنا دانسته است.

در ارتباط با واژه‌های «به‌کارگیری کودک» و «نام‌نویسی یا مشمول نمودن کودک» به‌دلیل تغییر پیشنهادی آمریکا در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، بعضاً به بار حقوقی متفاوت آنها اشاره شده است که البته به‌صورت متفق‌القول نیست و بسیاری آنها را مترادف یکدیگر به‌کار می‌برند. جایگزینی عبارت «نام‌نویسی یا مشمول نمودن» به‌جای عبارت «به‌کارگیری» جهت جلب رضایت ایالات متحده آمریکا صورت گرفت (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۸۵). موضع آمریکا این بوده است که کیفری نمودن مشارکت کودکان در درگیری‌های مسلحانه، منعکس‌کننده عرف بین‌الملل در این زمینه نیست و این موضوع مرتبط با حقوق بشر است، نه حقوق بین‌الملل کیفری. با این حال، اکثریت دولت‌ها قویاً با موضع آمریکا مخالف بودند و کیفری نمودن به‌کارگیری کودکان در مخاصمات را هنجاری تقریباً اجماعی دانسته‌اند. بنابراین، واژه‌های «نام‌نویسی یا مشمول نمودن» به‌معنای قرار دادن نام کودکان در فهرست مشمولان یا نظامیان تفسیر شده است؛ درحالی‌که واژه «به‌کارگیری» ناظر به سیاست فعال دولت‌ها مبنی بر مشارکت کودکان در مخاصمات و نیروهای مسلحشان است (یودومبانا، ۲۰۰۶، ص ۸۶-۸۷).

## ۱-۲. به‌کارگیری داوطلبانه

در مورد به‌کارگیری کودکان، بیشتر با ثبت‌نام داوطلبانه آنها مواجهیم و تعداد ناچیزی گروه نظامی‌اند که مشارکت داوطلبان کم‌سن‌وسال را ممنوع کرده باشند. از طرفی نیز دلایل متعدد فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، امنیتی و ایدئولوژیک برای داوطلب شدن کودکان وجود دارد. دلایلی از قبیل فرهنگ خشونت، نیاز به غذا، نیاز به تأمین

امنیت، تأمین سرپناه یا انگیزه انتقام از قاتلان اعضای خانواده، شالوده‌های به‌کارگیری داوطلبانه کودکان را تشکیل می‌دهند. در مواردی نیز مشارکت کودکان در جنگ، توسط فرهنگ مزبور مقدس و مورد احترام فرض می‌شود یا نشانه بلوغ و مردانگی محسوب می‌گردد (مادوبوئیکه-اکوه، ۲۰۱۰، ص ۳۲).

## ۲-۲. به‌کارگیری اجباری

گروه‌های مسلح، از زور و اجبار برای جمع‌آوری کودکان از سطح مدارس، اماکن عمومی و حتی خانه‌هایشان و به‌کارگیری اجباری آنها در مخاصمات بهره می‌برند. در این آدریابی‌ها، کودکان با تهدید به مرگ یا اجبار به ارتکاب جنایت علیه اعضای خانواده یا دوستان خود، آماده اعمال خشونت می‌شوند و به اطاعت از فرامین گروه‌های نظامی مجاب می‌گردند. به‌کارگیری اجباری کودکان، حتی در دولت‌هایی که قوانین ممنوعیت خدمت وظیفه نظامی برای افراد زیر هجده سال برقرار است نیز به دلایلی همچون عدم وجود مدارک شناسایی مؤید نام و سن افراد، وجود دارد. در مواردی همانند درگیری‌های مسلحانه سیرالئون نیز این کاستی‌ها به‌همراه عدم مسئولیت‌پذیری حقوقی گروه‌های نظامی غیردولتی، منجر به به‌کارگیری نظام‌مند (سیستماتیک) کودکان می‌شود (مادوبوئیکه-اکوه، ۲۰۱۰، ص ۳۳).

رایج‌ترین قالب به‌کارگیری اجباری کودکان، ربایش گروهی آنان است که در این روش گروه‌های شبه‌نظامی با یورش به خیابان‌ها و اماکن عمومی، شامل خروجی‌های مدارس، کودکان ربایی می‌کنند. به‌کارگیری اجباری ممکن است با ارباب کودکان، داوطلبانه به‌نظر برسد. همچنین بعضی از کودکان در برنامه‌های درسی خود در مدارس، تلقینات و تفکرات نظامی را دریافت می‌کنند و به‌دلیل عدم بلوغ فکری، این نوجوانان قادر به تمایز قائل شدن میان ایدئولوژی‌های مختلف یا درک نتایج و اثرات تصمیمات و اقدامات خود نیستند (مادوبوئیکه-اکوه، ۲۰۱۰، ص ۳۳).

## ۳. تعریف مخاصمه و تمایز میان درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی

ابتدا مفهوم مخاصمه، جنگ و درگیری مسلحانه را بررسی می‌کنیم. جنگ به‌عنوان شیوه اجبار همراه با تهدید و زور معرفی شده است که در این میان، دست‌کم یکی از طرفین در پی تحمیل اراده خویش بر دیگری است (علی‌خانی کردشامی، ۱۳۸۹، ص ۱). امروزه درگیری‌های مسلحانه به مجموعه‌ای از اقدامات نظامی پیشرفته و نامنظم تبدیل شده‌اند که با جنگ‌های کلاسیک، منظم و یکنواخت گذشته تفاوت‌های زیادی دارند. عناصر انسانی، اطلاعاتی و جغرافیایی چنین درگیری‌های مسلحانه نوینی می‌توانند کاملاً گسسته، متنوع و غیرقابل ردیابی باشند. در سایه ممنوعیت توسل به زور در حقوق بین‌الملل جدید، استفاده از واژه «جنگ» منسوخ شده است (عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲) و از واژه مخاصمات مسلحانه استفاده می‌گردد. از آنجایی که قواعد جنگ در حقوق بشردوستانه بین‌الملل محدودکننده محسوب می‌شوند، دولت‌ها عموماً از پذیرش وقوع حالت مخاصمه یا جنگ اجتناب نموده یا انکار کرده‌اند و بر همین اساس ارائه تعریفی از مخاصمه دشوار بوده است. با وجود تعاریف مختلفی که بر مبنای



معیارهایی چون خصوصیت عاملان، انگیزهٔ عاملان یا اقدامات متخذه پیشنهاد شده‌اند، اسناد حقوقی مختصه (درگیری مسلحانه) را مفهومی بدیهی انگاشته و از ارائهٔ تعریفی صریح دربارهٔ آن خودداری ورزیده و تنها به حقوق و تکالیف طرفین مختصه پرداخته‌اند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۳۰-۳۱).

چنانچه بخواهیم به تعاریف ارائه‌شده دربارهٔ مختصه و درگیری مسلحانه اشاره کنیم، در تعریفی مضیق، مختصه مجموعه‌ای از عملیات نظامی است که توسط متخاصم در خلال یک جنگ مسلحانه (در حمله یا دفاع) به‌اجرا در می‌آیند. کمیسیون آمریکایی حقوق بشر، مختصات را اعمال خشونت‌باری تعریف می‌کند که تهدیدی قریب‌الوقوع از خسارت واقعی برای طرف متخاصم دربردارند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۴۸). تفسیر صلیب سرخ از پروتکل اول الحاقی ذیل بند ۳ مادهٔ ۵۱ عنوان می‌کند که «اعمال خصمانه باید به‌عنوان اعمالی که به‌واسطهٔ ماهیت یا هدفشان قصد ایراد خسارت واقعی به نیروها و تجهیزات نیروهای مسلح دارند، فهمیده شوند». این تفسیر در ادامه می‌افزاید: «به‌نظر می‌رسد اصطلاح مختصات، نه‌تنها زمانی را که غیرنظامیان واقعاً از اسلحه استفاده می‌کنند دربرمی‌گیرد، بلکه شامل موارد حمل سلاح و مواردی که غیرنظامیان بدون استفاده از سلاح مرتکب اعمال خصمانه می‌گردند نیز می‌شود» (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۴۸). باین‌حال، تعریف فوق‌چندان به وضوح مسئله کمکی نمی‌کند؛ چراکه همچنان اعمال جنگی و عملیاتی که قادر به ایراد چنین صدماتی هستند، مشخص نشده‌اند (عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۳۲۴).

با مروری بر تعاریف مختلف ارائه‌شده درمی‌یابیم که سه عنصر سازمان‌دهی، شدت درگیری و مدت آن، اجزای اصلی تشکیل‌دهندهٔ بیشتر تعاریف هستند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۴۱-۴۴). دو عنصر سازمان‌دهی و شدت درگیری، از قدمت بیشتری برخوردار بوده‌اند و در پروتکل دوم الحاقی ژنو (بند ۱ مادهٔ ۱) در تمیز دادن درگیری مسلحانهٔ غیربین‌المللی با انواع دیگر ناآرامی‌ها و شورش‌های داخلی استفاده شده‌اند. معیار مدت درگیری نیز در رأی تادیچ در دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق (۱۹۹۷) برای تمیز مختصهٔ غیربین‌المللی و شورش مورد استفاده قرار گرفته است، نه تعریف مختصه. البته معیار مدت درگیری کاملاً نسبی است و دقیقاً نمی‌توان تعیین کرد که در چه زمانی مختصه به‌قدر کافی طول کشیده است (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۴، ص ۸۸). دربارهٔ آستانهٔ شدت و سازمان‌دهی درگیری مسلحانه نیز اختلاف نظرهایی وجود دارد. ذکر این نکته خالی از لطف نیست که سه معیار یادشده به‌نوعی هم‌پوشانی داشته و هر یک تا حدودی متضمن دیگری است. همچنین توجه شود که باید میان اصطلاحات جنگ مسلحانه، عملیات نظامی، اعمال مخل امنیت دولت، رفتار خصمانه و مختصات (درگیری‌های مسلحانه) تمایز قائل شد؛ هرچند مرز میان این تمایزات و وسعت شمول هر کدام، محل بحث باشد (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۵۰)؛ که البته بحث در این زمینه موجب انحراف از هدف اصلی این تحقیق می‌گردد.

اسناد اصلی حقوق بشردوستانهٔ بین‌الملل (کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی) از طریق تعیین اینکه کدام‌یک از قواعد حقوقی به درگیری‌های مسلحانهٔ بین‌المللی یا غیربین‌المللی قابل اعمال هستند، میان این دو

دسته تمایز قائل شده‌اند؛ اما همان‌طور که گفته شد، هیچ‌کدام از اسناد حقوق بین‌الملل تعریف حقوقی و دقیقی از «درگیری مسلحانه»، «درگیری مسلحانه بین‌المللی» و یا «درگیری مسلحانه غیربین‌المللی» ارائه نداده‌اند (بارتلز، ۲۰۰۹، ص ۳۷-۳۹). معیار این تفکیک، تمایز میان طرف‌های درگیری در یک مخاصمه مسلحانه (نیروهای نظامی دولتی در برابر گروه‌های مسلح غیردولتی) است و هدف از ایجاد این تمایز، گسترش قلمرو اعمال قواعد بشردوستانه به منازعاتی بوده است که در اثر تغییرات در مخاصمات به‌وجود آمده بودند؛ اما در حیطه اعمال تعاریف سنتی جای نمی‌گرفته‌اند (مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی به‌شیوه نوین). تفکیک یادشده بر این مبنا استوار است که درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی مسئله حاکمیت داخلی دولت‌ها را مطرح می‌کنند و حداقل در نگاه اول، ارتباطی به موضوع روابط بین‌الملل ندارد (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۴۵).

برخورد دوگانه قواعد بشردوستانه با این دو نوع مخاصمات، برخی صاحب‌نظران را متقاعد کرده است که این مخاصمات دارای ماهیتی متفاوت هستند (مویر، ۲۰۰۲، ص ۳۲؛ استوارت، ۲۰۱۳، ص ۹۸). با وجود این، تعدادی از صاحب‌نظران چنین تمایزی را انتزاعی، غیرضروری، غیرقابل توجیه و ملغی‌کننده اهداف بشردوستانه قواعد جنگ در مخاصمات مسلحانه امروزی دانسته‌اند (سیاپوش، ۱۳۹۰، ص ۴۵-۴۶). در همین راستا، دادگاه بین‌المللی کیفری در یوگسلاوی سابق در رأی تادیچ (۱۹۹۷) عنوان می‌کند: که «آنچه که در جنگ‌های بین‌المللی، غیرانسانی و در نتیجه ممنوع بوده، در جنگ‌های داخلی نیز نمی‌توان از صفتی جز غیرانسانی و غیرقانونی برای آنها نام برد» و «بسط اعمال قواعد، صرفاً شامل جوهره کلی آنها، و نه جزئیات مفاد قواعد، می‌گردد».

اما در ارتباط با تمایزات کاربردی و عملی میان این دو نوع مخاصمه مسلحانه که در حقوق بین‌الملل بشردوستانه با آن مواجهیم کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، پروتکل‌های الحاقی آنها و آرای دادگاه‌های بین‌المللی، منابع پایه‌گذار و اصلی محسوب می‌شوند. مطابق ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی شامل «تمامی موارد اعلان جنگ و یا انواع دیگر درگیری‌های مسلحانه که میان دو (و یا چندین) طرف متعاقد می‌باشد» است. بند ۴ ماده ۱ پروتکل اول الحاقی، قواعد مرتبط به درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی را قابل اعمال به «درگیری‌هایی که مردم بر علیه تسلط استعمار... و یا اشغال خارجی... و یا رژیم‌های نژادپرست می‌جنگند» می‌داند. با اینکه درگیری‌های مسلحانه فوق‌ماهیت غیربین‌المللی دارند، اما به‌علت نقض حقوق اولیه بشری، قواعد حاکم بر درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی بر آنها قابل اعمال است و از حیطه درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی خارج می‌شوند (بارتلز، ۲۰۰۹، ص ۳۸).

در ارتباط با تعریف درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی، بند اول ماده یک پروتکل دوم الحاقی ژنو با اینکه تعریفی صریح ارائه نمی‌دهد، اما حدود کاربرد آن در درگیری‌ها را بدین صورت تعیین می‌کند: «درگیری‌هایی که در قلمرو یک طرف متعاقد (دولت عضو معاهده)، میان نیروهای نظامی‌اش با نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های مسلح سازمان‌یافته که دارای فرماندهی مسئول‌اند و بر قسمتی از قلمرو سرزمینی جهت انجام عملیات نظامی هماهنگ و پایدار تسلط دارند، رخ می‌دهند». در این میان، باید تمایز دیگری نیز در نظر گرفته شود و آن حد

میان سایر انواع درگیری‌ها و درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی مندرج در بند اول ماده یک پروتکل دوم الحاقی است. در واقع، انواع درگیری‌ها شامل تنش‌ها، کشمکش‌ها، نزاع‌ها و ناآرامی‌های داخلی باید به سطح معینی از شدت و سازمان‌دهی برسند تا عنوان درگیری مسلحانه غیربین‌المللی به آنها اطلاق گردد (بارتلز، ۲۰۰۹، ص ۴۰). در واقع، در اینجا آستانه بالا و پایین برای درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی تعریف شده است که تنها درگیری‌هایی که در محدوده داخلی این دو آستانه شدت و سازمان‌دهی قرار می‌گیرند، در شمول این پروتکل و تعریف حقوق بشردوستانه از درگیری مسلحانه غیربین‌المللی واقع می‌شوند. البته درباره آستانه شدت و سازمان‌دهی حداکثری و حداقلی، اختلافات و تفاسیر متعدد وجود دارد که موجب تفسیر به رأی نقش آفرینان به‌صورت موردی، در جهت منافعشان و به‌منظور سر باز زدن از قبول تعهدات حقوقی متوجه شده است؛ که از باب نمونه می‌توان به موضع اسرائیل درباره قابل اعمال بودن کنوانسیون چهارم ژنو در موضوع ساخت دیوار حائل در مناطق اشغالی فلسطین، به‌رغم نظر مشورتی دیوان کیفری بین‌المللی مبنی بر غیرقانونی بودن ساخت دیوار حائل و قابل اعمال بودن کنوانسیون چهارم ژنو و قواعد لاهه از چندین منظر، و نیز موضع هند در عدم شناسایی وضعیت کشمیر به‌عنوان درگیری مسلحانه غیربین‌المللی اشاره کرد (همیلتون و ابو الحجاج، ۱۹۹۷، ص ۳۲).

همان‌طور که مشاهده شد، در اسناد حقوق بشردوستانه بین‌الملل به‌جای اینکه تعریفی از درگیری مسلحانه و مشخصه به‌طور عام داده شود، تنها به تعریف عناصر متمایزکنندهٔ مخاصمات بین‌المللی و غیربین‌المللی و تعریف مجزای آنها پرداخته شده است. دادگاه یوگسلاوی سابق (وابسته به سازمان ملل) که در سال ۱۹۹۳م برای رسیدگی حقوقی به جنایات جنگی رخ داده در منازعات مسلحانهٔ بالکان تشکیل شد، در بند ۷۰ رأی‌نامهٔ خود مورخ ۱۹۹۵م و در راستای پر کردن خلأ فقدان تعریف از درگیری مسلحانه و مخاصمه آورده است: «توسل به نیروهای مسلح مابین دولت‌ها و یا خشونت مسلحانه مدت‌دار میان مقامات حکومتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته و یا میان چنین گروه‌هایی در داخل یک دولت» درگیری مسلحانه محسوب می‌شوند. این تعریف که شامل هر دو دستهٔ درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی می‌گردد و تمایزی میان آنها قائل نمی‌شود، توسط بسیاری از حقوق‌دانان به‌عنوان تعریف درگیری مسلحانه مورد استفاده قرار گرفته است (بارتلز، ۲۰۰۹، ص ۳۸).

در نهایت باید گفت که به‌رغم نبود تعریفی رسمی در زمینهٔ درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی یا غیربین‌المللی، به‌نظر می‌آید که امروزه دید روشن و توافق نظر ضمنی نسبت به این تمایز در میان صاحب‌نظران وجود دارد (همان). از سوی دیگر، در حوزهٔ اجرا و عمل، به‌دلیل فقدان تعریف رسمی و نیز نبود مرجع تعیین‌کنندهٔ نوع درگیری، دولت‌ها بسته به منافع و اهداف سیاسی خود برخورد گزینشی و تبعیض‌آمیز با این اصل داشته‌اند؛ به‌طوری‌که بعضاً درگیری با شدت و سطح سازمان‌دهی بالا توسط دولت‌ها ناآرامی تلقی می‌شود تا جلوی مداخلهٔ بین‌المللی گرفته شود یا برعکس، با وجود سطح پایین شدت درگیری و سازمان‌دهی آن، دول دیگر به‌منظور مداخله در امور داخلی آن کشور، سعی در اطلاق عنوان درگیری مسلحانه غیربین‌المللی داشته‌اند (کوهن، گودوین-جیل و دونانت، ۱۹۹۴، ص ۲۳).

## نتیجه‌گیری

در بیشتر کنوانسیون‌های مرتبط همانند بند ۳ ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی ژنو، بند ۲ ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک و بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، سن پانزده سال به‌عنوان حداقل سن مجاز مشارکت در مداخلات (و به‌طور ضمنی تعریف کودک در این کاربرد) تعیین شده است. این در حالی است که کارشناسان حقوقی، نهادهای بین‌المللی همچون کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، و تعداد زیادی از کشورهای سازمان ملل بر تعیین سن هجده سال به‌عنوان حداقل سن مجاز به‌کارگیری کودکان در درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی و بین‌المللی تأکید کرده‌اند. این نیاز به ارتقای حداقل سن حمایتی، در مباحث پیش‌نویس پروتکل دوم الحاقی ژنو، کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک نیز مشهود است و با توجه به افزایش محدوده سنی و کیفیت کودکی در دهه‌های اخیر، از اهمیت بیشتری برخوردار می‌شود. این کاهش حداقل سنی، بعضاً توسط شروطی همانند مشارکت مستقیم، مشارکت فعال یا اقدامات ممکن و عملی نقش‌آفرینان (در مقابل اقدامات ضروری) محدودتر شده و دایره حمایتی از کودکان را تنگ‌تر کرده است (بند ۲ ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک، بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). کارکرد این شروط، علاوه بر محدود کردن حمایت ارائه‌شده برای کودکان، بروز ابهام در مرز تمایز مشارکت مستقیم و غیرمستقیم یا مشارکت فعال و غیرفعال، اقدامات ممکن و عملی در مقابل اقدامات ضروری نقش‌آفرینان، و در نتیجه قابلیت تفسیر و رفتار دوگانه دولت‌ها و گروه‌های مسلح غیردولتی است.

عنصر دیگر در ایجاد حمایت محدود برای کودکان، ابهامات موجود در تعاریف و تمایزات است که موجب تفسیر به رأی و اتخاذ رفتارهای دوگانه دولت‌ها و گروه‌های مسلح غیردولتی در قبال درگیری‌های مسلحانه مشابه شده است. یکی از این ابهامات بر سر مرز میان درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی و بین‌المللی و نیز مرز درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی و انواع دیگر ناآرامی‌های داخلی است؛ چراکه تعریف صریحی از عبارات فوق در کنوانسیون‌های مربوطه نیامده است. برای مثال، در ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی ژنو، شش شرط به‌عنوان شروط تعریف درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی ذکر شده‌اند؛ اما در نهایت، حد آستانه دو پارامتر کلی «سازمان‌دهی» و «شدت خشونت» درگیری مسلحانه جهت تمایز ناآرامی داخلی، شورش یا آشوب‌های پراکنده از درگیری مسلحانه غیربین‌المللی تعیین شده‌اند که نامشخص و قابل تفسیر به رأی هستند. حتی اگر از ابهامات موجود در مرز میان درگیری مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی صرف‌نظر کنیم، بیشتر درگیری‌های مسلحانه امروزه در این شروط صدق نمی‌کنند و در نتیجه، پروتکل دوم الحاقی ژنو و بسیاری از کنوانسیون‌های دیگر - که بر پایه تعریف این پروتکل از درگیری مسلحانه غیربین‌المللی استوارند - غیرقابل اعمال می‌شوند. اگر نقطه مطلوب را ممنوعیت کامل به‌کارگیری کلیه کودکان زیر هجده سال در کلیه درگیری‌های مسلحانه، اعم از بین‌المللی و غیربین‌المللی و ناآرامی‌های داخلی، و تعقیب کیفری جرائم رخ داده در این زمینه بدانیم، هنوز تا نقطه مطلوب راه زیادی در پیش است.

## منابع.....

- سیاپوش، علی اکبر. ۱۳۹۰. «مفهوم مشارکت مستقیم غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی تهران.
- سید فاطمی، سید محمد قاری، ۱۳۸۹، *حقوق بشر در جهان معاصر: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها*، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- عبداللهی، محسن، ۱۳۸۸، *تروریسم حقوق بشر و حقوق بشردوستانه*، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- علیخانی کردشامی، حمیدرضا، ۱۳۸۹، «*قلمرو اعمال حقوق بشردوستانه: بازتعریف مفهوم مخاصمه مسلحانه*»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی تهران
- ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجبریان، ۱۳۸۴، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی*، تهران، میزان.
- African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC)*, 1990, <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/afchild.htm> (January 4, 2013).
- Bartels, Rogier, 2009, “*Timelines, Borderlines and Conflicts*”, *International Review of the Red Cross* 91(873): 35–67.
- Child Soldiers International (formerly Known as the Coalition to Stop the Use of Child Soldiers)*, 2008, *Child Soldiers Global Report*, 2008. [http://www.childsoldiersglobalreport.org/files/country\\_pdfs/FINAL\\_2008\\_Global\\_Report.pdf](http://www.childsoldiersglobalreport.org/files/country_pdfs/FINAL_2008_Global_Report.pdf).
- Cohn, Ilene, Guy S. *Goodwin-Gill, and Institut Henry Dunant*, 1994, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflict*. Oxford University Press.
- Common Article 3 of the Four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols I and II, 1949*, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/380?OpenDocument>.
- Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour*, 1999, ILO Convention 182 <http://www.ilo.org/public/english/standards/reim/ilc/ilc87/com-chic.htm> (January 4, 2013).
- Convention on the Rights of the Child (CRC), 1989*, <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> (January 3, 2013).
- <http://www.unhcr.org/refworld/type,MULTILATERALTREATY,OUA,,3ae6b3630,0.html> (February 16, 2013).
- ICRC, 2013, “*How Is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*” <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm> (May 16, 2013).
- ICRC’s Commentary, 1977*, Protocol I: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument> (January 31, 2013).
- International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (ICTY)*, 1997, PROSECUTOR v. TADIC. Case No. IT-94-1-T, <http://www.un.org/icty/index.html>.
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, Case No. IT-94-1-A.
- Machel, Graca, 1993, *Child Soldiers: An Affront To Humanity*, <http://www.un.org/rights/concerns.htm> (November 21, 2012).

- Madubuike-Ekwe, Joseph, 2010, “*The International Legal Standards Adopted to Stop the Participation of Children in Armed Conflicts*”, Annual Survey of International & Comparative Law 11(1). <http://digitalcommons.law.ggu.edu/anlmsurvey/vol11/iss1/3>.
- Melzer, Nils, 2008, “*ICRC Commentary on Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, International Review of the Red Cross (ICRC) 90, [www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf) (May 16, 2013).
- Moir, Lindsay, 2002, *The Law of Internal Armed Conflict, 1st ed., Cambridge University Press*.
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (OP-CRC)*, 2000, <http://www2.ohchr.org/english/law/crc-conflict.htm> (January 3, 2013).
- Protocol I: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument> (January 31, 2013).
- Protocol II: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/475?OpenDocument> (January 3, 2013).
- Rome Statute of the International Criminal Court, 1998*, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/585> (January 2, 2013).
- Stewart, James G., 2013, “*Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict*”, International Review of the Red Cross. <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5pyaxx.htm> (May 16, 2013).
- The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case ICTR-96-4-T, 1998.
- U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, June 15-July 18, 1998, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court: Addendum.
- Udombana, Nsongurua J., 2006, “*War Is Not Child’s Play! International Law and the Prohibition of Children’s Involvement in Armed Conflicts*”, Temple International and Comparative Law Journal 20(1). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1803637](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803637) (November 21, 2012).
- UNICEF, 2002, *Adult Wars, Child Soldiers: Voices of Children Involved in Armed Conflict in the East Asia and Pacific Region*. <http://www.unicef.org/emerg/theme/AdultWarsChildSoldiers.pdf>.

## بایسته‌های ساختاری قوه مقننه مطلوب در دولت اسلامی (با رویکرد انتقادی به وضعیت موجود)

مصطفی مسعودیان / استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد تهران m.masoudian@shahed.ac.ir  
احمد تقی‌زاده / دکترای حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران ah.taghizadeh@yahoo.com

دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۱ - پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۱۷

### چکیده

بر اساس آموزه‌های اسلامی، تقنین در کنار دو شأن اجرا و قضا، از شئون حاکم اسلامی محسوب می‌شود. با توجه به امکان تفویض این شئون توسط رهبری، در حال حاضر امر قانون‌گذاری به مجلس شورای اسلامی واگذار شده است. نظر به تأثیری که قوانین در اعتلا و اقتدار دولت اسلامی دارند، یکی از نهادهای تأثیرگذار در این دولت، قوه مقننه است؛ از این‌رو، ارائه الگویی کارآمد و منطبق بر موازین اسلامی در این خصوص از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. بدین منظور پژوهش حاضر سعی دارد تا به روش توصیفی تحلیلی ضمن آسیب‌شناسی ساختار کنونی قانون‌گذاری، با استفاده از تعالیم اسلامی، بایسته‌های کلی و اساسی قوه قانون‌گذاری در حکومت اسلامی را تبیین نماید. در همین راستا، الگوی دو مجلسی، متشکل از فقها و حقوق‌دانان به‌عنوان مجلس قانون‌گذار و مجلسی متشکل از نمایندگان مردم به‌عنوان مجلس ناظر و مطالبه‌گر پیشنهاد شده است. بدیهی است، در این الگو به‌منظور تشخیص صحیح موضوعات و تعیین اولویت‌های قانون‌گذاری، همواره از نظر اهل‌خبره در قالب کمیسیون‌های تخصصی استفاده خواهد شد. واگذاری امر خطیر قانون‌گذاری به متخصصین این حوزه در عین سپردن امر نظارت بر نمایندگانی از مردم و بهره‌مندی از نظر اهل‌خبره در تشخیص موضوعات از جمله مزایای این الگو به‌شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها: رهبر، قانون‌گذاری، دولت اسلامی، اهل‌خبره.

## مقدمه

مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی، قوه مقننه در کنار قوه مجریه و قضائیه، یکی از قوای سه‌گانه در ساختار نظام سیاسی ایران است. طبق اصول مختلف قانون اساسی ایران، وظایف و صلاحیت‌های متعددی به این قوه واگذار شده که مهم‌ترین آنها، قانون‌گذاری و نظارت بر حسن اجرای قوانین است. قانون‌گذاری در ایران از الگوی تک‌مجلسی تبعیت می‌کند؛ لذا ابتکار قانون‌گذاری به مجلس شورای اسلامی واگذار شده است؛ گرچه دو نهاد دیگر، یعنی شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، مکمل فعالیت‌های تقنینی این مجلس هستند؛ بدین ترتیب که شورای نگهبان مسئول بررسی مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی است و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز وظیفه حل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان را در خصوص مصوبات اختلافی بر عهده دارد.

از طرفی، الگوی تک‌مجلسی دارای آسیب‌های متعددی است؛ همین موضوع موجب شده است تا امروزه بیشتر کشورها به اصلاح ساختار قوه مقننه خود اقدام کنند. عملکرد مجلس شورای اسلامی نیز پس از حدود چهل سال، حاکی از آن است که این مجلس از آسیب‌های الگوی تک‌مجلسی مصون نمانده است. از این رو سؤال اصلی پژوهش این است که اولاً چالش‌ها و آسیب‌های ساختاری قوه مقننه موجود چیست و ثانیاً بایسته‌های گذار از این چالش‌ها و نیل به قوه مقننه مطلوب در دولت اسلامی چیست؟

گفتنی است، هرچند در برخی پژوهش‌ها به موضوع آسیب‌شناسی قوه مقننه پرداخته شده، لیکن وضعیت ساختاری این قوه در حوزه قانون‌گذاری و نظارت بر حسن اجرای قوانین، کمتر به صورت جامع و کلان نقد و بررسی شده است. از طرفی، بایسته‌های ارائه‌شده برای قوه مقننه در دولت اسلامی بر اساس آموزه‌های دینی و در نهایت، الگوی ارائه‌شده در این خصوص، این پژوهش را از تحقیقات مشابه متمایز ساخته است. بنابراین در این نوشتار سعی شده است به روش توصیفی تحلیلی با مطالعه وضع موجود، آسیب‌های ساختاری قوه مقننه در حوزه قانون‌گذاری و نظارت بر قوانین، شناسایی گردد و سپس بایسته‌های اساسی قوه مقننه مطلوب در حکومت اسلامی تبیین شود.

بدین منظور، مطالب پژوهش در دو بخش کلی ارائه شده است: بخش نخست به آسیب‌شناسی ساختار کنونی قوه مقننه اختصاص دارد؛ و در بخش دوم، بایسته‌ها و لوازم گذار از وضعیت نامطلوب فعلی به وضعیت مطلوب بحث و بررسی شده است.

## ۱. آسیب‌شناسی ساختار کنونی قوه مقننه

آنچه در موضوع آسیب‌شناسی قوه مقننه اهمیت دارد، شناسایی دقیق آسیب‌های این قوه و تفکیک آسیب‌های اصلی از فرعی است تا در صورت محدودیت فرصت و امکانات، به رفع آسیب‌های اصلی اقدام شود. بنابراین، آسیب‌هایی که در این پژوهش بررسی می‌شوند، همگی جزء آسیب‌های اصلی قوه مقننه و ناظر به ساختار این



قوه‌اند. نگاهی اجمالی به وضعیت فعلی قوه مقننه، این حقیقت را روشن می‌سازد که این قوه در حوزه قانون‌گذاری و نظارت بر حسن اجرای قوانین، با آسیب‌های متعددی روبه‌روست. با توجه به حجم محدود پژوهش حاضر و تعداد زیاد آسیب‌های موصوف، سعی شده است تا در ادامه، مهم‌ترین آسیب‌ها تحلیل و بررسی شوند.

## ۱-۱. طولانی بودن فرایند قانون‌گذاری

مطابق با اصول متعدد قانون اساسی، فرایند قانون‌گذاری از زمان پیشنهاد تا زمان لازم‌الاجرا شدن قانون، می‌بایست مراحل متعددی را طی کند. پیشنهاد قانون در قالب طرح، توسط نمایندگان مجلس مطابق با اصل ۷۴ قانون اساسی یا ارائه لایحه توسط دولت، طبق اصل ۷۴ قانون اساسی، تصویب طرح یا لایحه به صورت عادی یا فوری در مجلس مطابق با مواد ۱۲۷ تا ۱۸۴ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس، نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس از جهت عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بر طبق اصول ۴، ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی، ارسال مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام در صورت بروز اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی، و در نهایت، امضای قانون توسط رئیس‌جمهور و ابلاغ آن برای اجرا مطابق با اصل ۱۲۳ قانون اساسی، از اجزای این فرایند تلقی می‌شود.

این موضوع بیانگر آن است که در وضعیت فعلی، برای تبدیل یک ایده به قانون، مراحل مختلفی باید طی شود؛ همین امر، موجب طولانی شدن روند قانون‌گذاری است. برای نمونه، هرچند مطابق اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی، حداکثر مهلت شورای نگهبان برای اعلام نظر خود درباره مصوبات مجلس، بیست روز است، اما تعداد قابل توجهی از مصوبات، پس از چندین مرتبه رفت‌وآمد میان مجلس و شورای نگهبان، به تأیید این شورا می‌رسد؛ حتی در مواردی مانند مصوبات حجیم، شورای نگهبان برای رهایی از بن‌بست مهلت بیست روز، کلیت مصوبه را واجد ابهام یا ایراد می‌داند تا فرصت بیشتری برای نظارت بر آن مصوبه کسب کند! ضمن آنکه پس از اعلام ایراد شورای نگهبان، مرحله دوم، یعنی مرحله بررسی و اصلاح مصوبه در مجلس، زمان زیادی را به خود اختصاص می‌دهد.

همچنین می‌توان به نقش آفرینی مجمع تشخیص مصلحت نظام اشاره کرد که حجم قابل توجهی از زمان تولید یک قانون را به خود اختصاص می‌دهد؛ به‌ویژه آنکه در آیین‌نامه داخلی مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصوب ۱۳۷۶/۰۸/۰۳، مهلتی برای اظهار نظر این مجمع در خصوص مصوبات مورد اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان مقرر نشده بود که این امر، معنایی جز اختیار مجمع در به تأخیر انداختن رسیدگی به موضوع مورد اختلاف نداشت. خوشبختانه در جریان اصلاح این آیین‌نامه در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰، ۱۳۹۱/۱۱/۱۴ و ۱۳۹۲/۰۵/۲۶، ماده ۲۵ به آن اضافه شد که مقرر داشته است: «مهلت اظهار نظر مجمع در خصوص مصوبات مجلس که نظر شورای نگهبان را تأمین نکرده است، تا سه ماه کاری است». این در حالی است که مشخص نیست به چه دلیل حداکثر مهلت اظهار نظر در خصوص مصوباتی که صرفاً برخی از مواد آنها مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان

بوده، سه ماه تعیین شده است! نکته قابل توجه، تبصره ۲ این ماده است که مقرر داشته است: «در صورتی که رسیدگی به مصوبه مجلس نیاز به مهلت بیشتری داشته باشد، بنا به پیشنهاد کمیسیون ذریبط و تأیید رئیس مجمع، مهلت مذکور افزایش خواهد یافت. مدت نهایی اظهار نظر، حداکثر تا یک سال خواهد بود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ممکن است مهلت اظهار نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام صرفاً در مورد برخی از مواد مصوبه مورد اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، تا یک سال افزایش یابد. بدیهی است چنین امری، به ویژه در مواردی که تصویب یک قانون ضرورت داشته باشد، ناپسند است و چه‌بسا اساساً به منتفی شدن موضوع آن قانون منجر شود. قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون مجازات اسلامی، از جمله قوانینی‌اند که روند تصویب آنها به ترتیب سه، دو و نیم، و پنج سال به طول انجامیده است! بر این اساس، تعدد مراجع دخیل در فرایند قانون‌گذاری، یکی از عوامل اطاله روند قانون‌گذاری در کشور محسوب می‌شود.

## ۲-۱. تورم طرح‌ها و لوایح

حجم بالای طرح‌ها و لوایح ارائه‌شده به مجلس در طول یک سال بیانگر آن است که بیشترین فرصت و توان مجلس شورای اسلامی صرف بررسی و تصویب طرح‌ها و لوایح می‌شود. در این زمینه، می‌توان به آمار کل طرح‌ها و لوایح تقدیمی به مجلس در دوره هشتم اشاره کرد که جمعاً ۶۷۷ مورد، شامل ۳۵۲ لایحه و ۳۲۵ طرح بوده است. علاوه بر این، در مجلس نهم (از ۷ خرداد ۱۳۹۱ تا ۶ خرداد ۱۳۹۵) از مجموع ۶۸۶ لایحه و طرح تهیه‌شده، ۴۷۱ عنوان به طرح‌ها ۲۱۵ مورد به لوایح اختصاص یافته است (مرکز مالگیری و عطار، ۱۳۹۷، ص ۲۲۳).

نکته قابل توجه اینکه مجلس شورای اسلامی برخلاف مجالس بسیاری از کشورهای جهان، در تمام طول سال مشغول به کار است و به تعبیر دیگر، دارای فعالیت مداوم و پیوسته‌ای است که همین امر در بالا رفتن تعداد لوایح و طرح‌های ارائه‌شده به مجلس بی‌تأثیر نیست.

مهم‌ترین آسیب بالا بودن حجم طرح‌ها و لوایح در مجلس، تصویب قوانین ناپخته و ناکارآمد، و در نتیجه اصلاح مکرر قوانین است. در این زمینه و به‌عنوان شهادی بر این مدعا، می‌توان به قوانینی که مکرر اصلاح شده‌اند، اشاره کرد. از جمله این قوانین می‌توان به اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۱۱، اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۰۹، اصلاح مواد ۱ و ۳۳ آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۸۰/۱۰/۲۷، اصلاح ماده ۹ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۸۰/۰۱/۲۲ و اصلاح فصل سوم قانون گذرنامه مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۰ اشاره کرد. بدیهی است که اصلاح مکرر قوانین، احتمال عدم اطلاع مخاطبین قانون اصلاح‌شده از متن اصلاحی و سردرگمی ایشان را نیز دوچندان می‌کند.

### ۳-۱. واگذاری قانون‌گذاری به غیرمتخصص

وضعیت فعلی قانون‌گذاری در کشور به‌گونه‌ای است که هرچند کمیسیون‌های تخصصی سیزده‌گانه‌ای در مجلس وجود دارد که طرح‌ها و لوایح برحسب موضوع، برای بررسی به آنها ارجاع می‌شوند، اما سرانجام این طرح‌ها و لوایح به صحن علنی آورده می‌شوند و در معرض آرا و نظرات تمامی نمایندگان مجلس قرار می‌گیرند. این در حالی است که اکثر قریب به اتفاق نمایندگان درباره موضوع و محتوای طرح یا لایحه و نیز بدیهیات تقنین، هیچ‌گونه تخصص و تجربه‌ای ندارند. از این‌رو در بیشتر موارد، لایحه یا طرحی که در کمیسیون مربوطه به‌صورت کارشناسانه و دقیق بررسی شده است، با اصلاحات و جرح و تعدیل زیاد به تصویب می‌رسد؛ به‌طوری که مصوبه نهایی مجلس از جهات متعددی با طرح یا لایحه اولیه و حتی با مصوبه کمیسیون، تفاوت‌های چشمگیری دارد.

ایراد دیگر این روش، این است که با توجه به محدودیت فرصت، اظهار نظر افراد غیرمتخصص در صحن علنی، اجازه اظهار نظر را به افراد متخصص و اعضای کمیسیونی که آن طرح یا لایحه را تصویب کرده‌اند، نمی‌دهد. در نتیجه می‌توان دو حالت را برای نتیجه این اظهار نظرها و بررسی و رأی نمایندگان به طرح یا لایحه مزبور تصور کرد: حالت اول این است که نمایندگان فاقد تجربه یا تخصص در موضوع طرح یا لایحه، به مخالفت با محتوای آن اقدام می‌کنند و به آن رأی منفی می‌دهند. در این حالت می‌توان گفت با توجه به اینکه چنین مخالفتی ناشی از تجربه یا تخصص نیست، فاقد ارزش است. حالت دوم این است که نمایندگان مذکور، اقدام به موافقت با طرح یا لایحه یاد شده می‌کنند و به آن رأی مثبت می‌دهند. در این حالت نیز می‌توان گفت اظهار موافقت عده‌ای که درباره موضوعی فاقد تجربه و تخصص لازم هستند، چه ارزشی دارد و اساساً به چه دلیل از آنها نظرخواهی می‌شود!

در واقع در ادبیات حقوقی، قانون‌گذاری دارای اقتضائاتی است که علی‌القاعده هر یک از نمایندگان ملت در مجلس باید با آنها آشنایی داشته باشند. منابع حقوق عمومی در مقام بیان و تبیین این نظامات برآمده‌اند که در قوانین، به ویژه قانون اساسی و قانون آیین‌نامه داخلی مجلس ذکر شده‌اند. به‌موجب قانون اساسی و به‌تبع آن، قانون آیین‌نامه داخلی مجلس، نظامات قانون‌گذاری دارای الزامات شکلی و محتوایی است؛ الزامات شکلی که از آن به تشریفات قانون‌گذاری تعبیر می‌شود؛ و الزامات محتوایی که تضمین‌کننده سلامت و دقت شرعی و تخصصی قانون است (عبدالأحد و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۱۶).

### ۴-۱. ضعف نظارت بر حسن اجرای قوانین

در شرایط کنونی، مجلس شورای اسلامی علاوه بر وظیفه خطیر قانون‌گذاری، وظایفی همچون تذکر به رئیس‌جمهور و وزرا (ماده ۲۰۶ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس)، سؤال از رئیس‌جمهور و وزرا (اصل ۸۸ قانون اساسی)، استیضاح رئیس‌جمهور و وزرا (اصل ۸۹ قانون اساسی)، تحقیق و تفحص (اصل ۷۶ قانون اساسی)، نظارت

بر هزینه‌کرد بودجه از طریق دیوان محاسبات (اصل ۵۵ قانون اساسی) و رسیدگی کمیسیون اصل ۹۰ به شکایات مربوط به طرز کار قوای سه‌گانه (اصل ۹۰ قانون اساسی) را بر عهده دارد.

تنوع کارکردهای مجلس موجب شده است تا نظارت مجلس بر حسن اجرای قوانین با ضعف جدی مواجه شود. این ضعف، هم در عملکرد نیروهای نظارتی و هم در فقدان سیستم به‌روز نظارت مستمر - که نتایج اقدامات گذشته در آن ثبت شده باشد - ریشه دارد (عبدالاحد و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۶۲-۶۴). این در حالی است که اساساً فعالیت و اعتبار مجلس تا حد زیادی به اعمال نظارت بر اجرای قوانین بستگی دارد؛ زیرا علاوه بر تصویب قانون، اجرا و طرق اجرای آن نیز بسیار مهم است و بسیاری از تخلفات را از بین می‌برد (شعبانی و فرزعلیان، ۱۳۹۷، ص ۱۶۴). در واقع، اگر بهترین قوانین تصویب شود، ولی در مقام اجرا اعتنای کافی به آن نشود یا قانون به‌نحو کامل و درست اجرا نشود، قانون‌گذاری به امری فرمایشی و عبث تبدیل خواهد شد. بنابراین، نظارت دقیق بر حسن اجرای قوانین، علت ناقصه برای دستیابی به قوه مقننه مطلوب محسوب می‌شود و در مقابل، ضعف در نظارت، قوه قانون‌گذاری را با چالش ناکارآمدی مواجه خواهد کرد.

## ۲. بایسته‌های ساختاری قوه مقننه در دولت اسلامی

انقلاب اسلامی ایران اولین گام در نیل به تمدن اسلامی به‌شمار می‌رود. آیت‌الله خامنه‌ای به‌عنوان یکی از شخصیت‌های مؤثر در پیروزی انقلاب اسلامی با الهام از آموزه‌های دینی و اندیشه‌های امام خمینی علیه السلام، ایجاد تمدن نوین اسلامی را هدف نهایی ملت ایران و انقلاب اسلامی می‌داند و می‌فرماید: «ما یک انقلاب اسلامی داشتیم؛ بعد نظام اسلامی تشکیل دادیم؛ مرحله بعد تشکیل دولت اسلامی است؛ مرحله بعد تشکیل کشور اسلامی است؛ مرحله بعد تشکیل تمدن بین‌الملل اسلامی است. ما امروز باید دولت اسلامی را ایجاد کنیم». بر این اساس، ایجاد دولت اسلامی با ساختارهای کارآمد، مقدمه نیل به تمدن درخشان اسلامی است. بدیهی است، یکی از لوازم دولت اسلامی تمدن‌ساز، داشتن قوانین کارآمد و اجرای صحیح آن در کشور است. با عنایت به آسیب‌هایی که ساختار فعلی قوه مقننه با آن روبه‌رو است، به‌نظر می‌رسد تفکیک دو حوزه قانون‌گذاری و نظارت بر حسن اجرای قوانین می‌تواند تا حدی قوه قانون‌گذاری را از این آسیب‌ها مصون دارد. لذا در ادامه، الگوی دومجلسی متشکل از فقها و حقوق‌دانان به‌عنوان مجلس قانون‌گذار، و مجلسی متشکل از نمایندگان مردم به‌عنوان مجلس ناظر و مطالبه‌گر پیشنهاد شده است و ساختار و وظایف هر مجلس به‌تفصیل بررسی می‌شود. گفتنی است، رسالت این پژوهش صرفاً ترسیم بایسته‌های کلی و اساسی و معرفی و تبیین یک الگوی مطلوب برای قوه مقننه در دولت اسلامی است؛ لذا جزئیات این الگو، نظیر مباحثی همچون کیفیت انتخاب اعضای این دو مجلس یا شرایط سنی داوطلبان، مقصود این نوشتار نیست و پژوهش مفصل و مستقلی را می‌طلبد.

## ۱-۲. مجلس قانون‌گذار؛ متشکل از حقوق‌دانان اسلامی

قانون‌گذاری نوعی اعمال ولایت بر مردم محسوب می‌شود. از طرفی، بر اساس تعالیم اسلامی، اصل بر عدم ولایت است و غیر از خداوند کسی بر دیگری ولایتی ندارد (جوادی آملی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۹)؛ لذا قانون‌گذاری نیز منحصرأ در اختیار خداوند است. از طرفی، تنها کسی که می‌تواند فرد یا عده‌ای را از حکم کلی عدم ولایت خارج کند و برای آنان حق حکمرانی قرار دهد، خداوند متعال است (موسوی خمینی، ۱۴۲۳، ص ۲۶). بر اساس آیاتی همچون آیهٔ ۵۵ سورهٔ مائده، خداوند حق اعمال ولایت را به پیامبر ﷺ و ائمهٔ معصومین علیهم‌السلام تفویض کرده است. در دورهٔ غیبت امام معصوم نیز اصل عدم ولایت همچنان جاری است و هیچ کس حق اعمال ولایت بر دیگری را ندارد؛ مگر آنکه دلیل متقن شرعی، ولایت را برای شخصی ثابت کند. در این خصوص، فقهای امامیه معتقدند بر اساس ادلهٔ عقلی و نقلی، در دورهٔ غیبت امام، وظیفهٔ حق ولایت به فقیهان جامع‌الشرایط سپرده شده و استثنایی بر اصل عدم ولایت است (جوادی آملی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۷-۲۰۳). بدیهی است، قانون‌گذاری از مهم‌ترین مصادیق اعمال ولایت محسوب می‌شود؛ از این رو در دولت اسلامی قانون‌گذاری بر عهدهٔ فقها و حقوق‌دانان اسلامی است.

علاوه بر مبنای پیش‌گفته، بر خورداری از توانایی و تخصص برای انجام یک وظیفه، دارای پشتوانهٔ عقلی است. بدیهی است که امر خطیر قانون‌گذاری، آن‌هم مطابق با موازین اسلامی، از این قاعده مستثنا نیست. لذا واگذاری قانون‌گذاری به افراد غیرمتخصص، برخلاف عقل و منطق است؛ چه آنکه توانایی وضع قانون منطبق با شریعت، ارتباط تنگاتنگی با آشنایی به احکام و قواعد فقهی و حقوقی و علم قانون‌گذاری دارد. از این رو با عنایت به تسلط حقوق‌دانان اسلامی بر احکام شریعت و نحوهٔ قانون‌نویسی، واگذاری مستقیم امر قانون‌گذاری به ایشان، از ضروریات عقلی و شرعی محسوب می‌شود. البته تنوع موضوعات طرح‌ها و لوایح، بهره‌گرفتن از متخصصین رشته‌های مختلف را در موضوع تنظیم و بررسی محتوای آنها ضروری می‌کند؛ اما میان بررسی فنی و تخصصی محتوای طرح‌ها و لوایح از یک سو، و قانون‌گذاری از سوی دیگر، تفاوت زیادی وجود دارد.

ممکن است گفته شود، سپردن قانون‌گذاری به فقها در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، مصوب ۱۳۲۴ق، مشهور به اصل طراز، مسبوق به سابقه است؛ لیکن این شیوه در عمل، کارآمدی لازم را برای تضمین شریعت قوانین نداشت. حال آنکه به‌نظر می‌رسد: اولاً ناکارآمدی اصل طراز، عمدتاً ناشی از اختلاف خود فقها در عمل به این اصل و فقدان ضمانت اجرایی مشخص برای نظرات ایشان بوده است و به ماهیت تصمیم‌اتخاذشده در اصل دوم متمم ارتباطی ندارد؛ ثانیاً بر اساس اصل طراز، فقها صرفاً صلاحیت تطبیق مصوبات مجلس با احکام اسلامی را داشتند؛ نه اینکه ابتکار قانون‌گذاری به آنان واگذار شده باشد. در واقع، اصل طراز مقرر در قانون اساسی مشروطه را می‌توان متناظر با نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دانست. بنابراین، نمی‌توان سپردن ابتکار قانون‌گذاری به فقها و حقوق‌دانان اسلامی را مسبوق به سابقه دانست.

بدیهی است که واگذاری ابتکار قانون به فقها و حقوق‌دانان اسلامی، ضمن تضمین حداکثری شرعیت قوانین و مقررات، نظام حقوقی را از تطبیق مصوبات مجلس با موازین شرع و قانون اساسی توسط شورای نگهبان بی‌نیاز خواهد کرد. البته این موضوع به‌معنای حذف نهاد شورای نگهبان در نظام حقوقی نیست؛ بلکه صرفاً از میان صلاحیت‌های متعدد این شورا، صلاحیت تشخیص مغایرت مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی از عهده این شورا حذف خواهد شد. این امر ضمن صرفه‌جویی کلان در وقت و هزینه برای کشور، شورای نگهبان را در انجام بهتر سایر وظایف محوله، همانند تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸ قانون اساسی) و نظارت بر انتخابات (اصل ۹۹ قانون اساسی) یاری می‌کند.

از جمله وظایف مجلس قانون‌گذاری در این الگو، بهره‌گیری از اهل‌خبره در تشخیص موضوعات و مطمح نظر قرار دادن احکام ثانویه در فرایند قانون‌گذاری است که در ادامه، هر یک از این وظایف به‌تفصیل بررسی خواهد شد.

### ۱-۲. بهره‌گیری از اهل‌خبره در تشخیص موضوعات

هرچند مجلس قانون‌گذاری متشکل از فقها و حقوق‌دانان اسلامی است، اما این موضوع به‌معنای بی‌نیازی ایشان از رجوع به کارشناسان و متخصصین برای تشخیص موضوعات، پیچیده و فنی نیست. اساساً رجوع به کارشناس در تشخیص موضوعات، از شیوه‌های عقلایی است که مورد تأکید شرع مقدس نیز می‌باشد. در واقع، بنای عقلا در هر حرفه و صنعتی، بلکه در تمام امور مربوط به زندگی، بر رجوع به متخصص است؛ اگرچه ممکن است شخص عادی به‌صورت مفصل به این سیره توجه نداشته باشد، ولی در ذهن او مرتکز است؛ به‌گونه‌ای که با کمترین اشاره‌ای، علم تفصیلی به آن پیدا می‌کند (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ ق، ص ۶۳-۶۴). رجوع به متخصص، مقتضای عقل فطری هر انسانی است و در تمام امور و شئون عقلا در طول تاریخ وجود داشته است (صدر، ۱۳۷۸، ص ۸۱-۸۲).

البته با توجه به ضرورت ترکیب مجلس قانون‌گذار از فقها و حقوق‌دانان اسلامی، کارشناسان و متخصصین نماینده مجلس نیستند و صرفاً به‌منظور ارائه نظر کارشناسی، در کمیسیون‌های تخصصی حاضر می‌شوند. این کارشناسان، متشکل از اساتید خبره دانشگاه و صاحبان‌نظرانی است که سال‌ها در موضوع مربوطه دارای تجربه‌اند.

سؤالی که در اینجا وجود دارد، این است که با توجه به عدم عضویت متخصصین و کارشناسان در مجلس، نظرات ایشان تا چه حد برای مجلس قانون‌گذار لازم‌الاتباع است؟ در پاسخ به این سؤال، سه دیدگاه مطرح است: دیدگاه اول: استحباب مشورت با مشاوران؛ دیدگاه دوم: وجوب مشورت با ایشان؛ اما عدم لزوم تبعیت از نظر اکثریت مشاوران؛ و دیدگاه سوم: وجوب مشورت با ایشان و لزوم تبعیت از نظر اکثریت مشاوران (حبیب‌نژاد، ۱۳۹۵، ص ۳۱-۴۹).

به‌نظر می‌رسد دیدگاه سوم دارای مبنای قرآنی و عقلی است و از قوت بیشتری برخوردار است؛ برای نمونه، مستفاد از مفهوم مخالف آیه ۶ سوره حجرات این است که اگر شخص عدلی گزارش مهمی را ارائه داد، ملاحظه و قبول این گزارش لازم است. علاوه بر این، قانون‌گذاری در موضوعات فنی و پیچیده بدون لحاظ نظر اکثریت

مشاوران و متخصصین این حوزه، کارآمدی لازم را نخواهد داشت. البته همان‌طور که از آیهٔ یاد شده استفاده می‌شود، لازم است تا اشخاصی که به عضویت این کمیسیون‌ها درمی‌آیند، تعهد و تقوای لازم را داشته و افرادی امین و موثق باشند؛ چه آنکه نظر ایشان، مبنای قانون‌گذاری قرار خواهد گرفت.

## ۲-۱-۲. توجه به احکام ثانویه در قانون‌گذاری

با نگاهی به اختلافات اساسی میان مجلس و شورای نگهبان، می‌توان بی‌توجهی فقهای شورای نگهبان به احکام ثانویه در نظارت شرعی بر مصوبات مجلس را فهمید. به همین دلیل، به‌رغم انطباق بسیاری از مصوبات مجلس با احکام ثانویه، شورای نگهبان این مصوبات را به حکم اولی مغایر با شرع شناخته است. در این زمینه می‌توان به اولین اختلافی که میان مجلس و فقهای شورا به‌وجود آمد، اشاره کرد. این اختلاف در مورد طرح قانونی اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۰۵/۱۸ بروز پیدا کرد. بر اساس مادهٔ ۴ این طرح، کلیهٔ زمین‌های موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران قرار می‌گرفت و اسناد و مدارک مالکیت گذشتهٔ آنها ارزش قانونی نداشت. علاوه بر این، مطابق مادهٔ ۷ این طرح، مالکان اراضی بایر شهری حداکثر می‌توانستند تا هزار متر مربع را برای عمران و احیا در اختیار داشته باشند و زاید بر آن، قابل واگذاری نبود؛ مگر به دولت و با تقویم دولت. باین‌حال، شورای نگهبان در نظر شمارهٔ ۳۳۵۷ خود، مورخ ۱۳۶۰/۰۵/۲۹ با استناد به برخی آیات و روایات، این مصوبه را مغایر با شرع اعلام کرد.

بی‌توجهی فقهای شورای نگهبان به احکام ثانویه، موجب شد تا امام خمینی علیه السلام به این موضوع واکنش نشان دهد. ایشان در پیامی خطاب به شورای نگهبان چنین می‌فرماید:

... تذکری پدرا نه به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند؛ چراکه یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پرآشوب کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری هاست. حکومت، فلسفهٔ عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند و این بحث‌های طلبگی مدارس که در چهارچوب تئوری هاست، نه تنها قابل حل نیست، که ما را به بن‌بست‌هایی می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد. شما در عین اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیابرد - باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در بیخ‌وخم‌های اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی، متهم به عدم قدرت ادارهٔ جهان نگردد... (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۷-۲۱۸).

با این همه، اختلافات میان مجلس و شورای نگهبان پایان پذیرفت و امام علیه السلام چاره‌ای جز تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام را پیش روی خود ندیدند. ایشان در تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ ضمن تصریح به عدم لزوم تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام فرمود: «گرچه به نظر این‌جانب، پس از طی این مراحل، زیر نظر کارشناسان که در تشخیص

این امور مرجع هستند، احتیاج به این مرحله نیست، لکن برای غایت احتیاط، در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعاً و قانوناً توافق حاصل نشد، مجمعی... برای تشخیص مصلحت نظام اسلامی تشکیل گردد» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص ۴۶۴). همان گونه که از پاسخ امام خمینی علیه السلام پیداست، اگر شورای نگهبان به احکام ثانویه و مصالح نظام توجه می‌کرد، هیچ نیازی به تأسیس نهاد سومی برای داوری میان مجلس و شورا نبود.

انتقاد از رویه فقهای شورای نگهبان، در سخنان برخی از اعضای سابق این شورا نیز منعکس شده است. برای نمونه، آقای امامی کاشانی در یکی از جلسات شورای بازنگری در قانون اساسی اظهار داشته است:

در وصیت‌نامه حضرت امام -اعلی الله مقامه - این سطر آمده است که شورای نگهبان در امور ضروری کشور با توجه به احکام ثانویه و ولایت فقیه، آن وظایف خودش را انجام بدهد. آن چیزی که در شورای نگهبان از نظر فقهی مطرح نبوده، همین است. در آنجا تا کنون نظر آقایان بر این بوده است که ما مغایر با قانون اساسی و مغایر با شرع مقدس اسلام را از نظر احکام اولیه باید بررسی کنیم؛ و اما اینکه ضرورات کشور را، اموری که برای مملکت پیش می‌آید، توجه به احکام ثانویه و احکام حکومتی و ولایت فقیه و اینها، این وظیفه ما نیست. البته گاهی در شورا، بنده خودم... به حساب اینکه در قانون اساسی دارد که شش نفر فقیه عادل و آگاه به مقتضیات زمان، گاهی در شورا عرض می‌کردم که به نظر من، ما می‌توانیم در احکام حکومتی و احکام ثانویه نظر بدهیم (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۸۳۶-۸۳۷).

بنابراین با توجه به اینکه احکام ثانویه جزئی از احکام شرع محسوب می‌شود، توجه فقها و حقوق‌دانان مجلس قانون‌گذار به این دسته از احکام، ضروری است. بدیهی است با حذف کارکرد تطبیق مصوبات مجلس با موازین شرع و قانون اساسی توسط شورای نگهبان و نیز ملاحظه احکام ثانوی توسط این مجلس، در عمل، کارکرد کنونی مجمع تشخیص مصلحت نظام، مقرر در اصل ۱۱۲ قانون اساسی مبنی بر رفع اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس در خصوص مصوبات اختلافی نیز حذف خواهد شد و مجمع را در انجام بهتر سایر وظایف قانونی، نظیر مشورت به مقام رهبری در مورد تعیین سیاست‌های کلی نظام (بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی) و حل معضلات نظام (بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی) یاری خواهد کرد.

## ۲-۲. مجلس ناظر، متشکل از نمایندگان مردم

همان‌طور که در بخش نخست بیان شد، امروزه تنوع کارکردهای مجلس موجب شده است تا نظارت مجلس بر حسن اجرای قوانین با ضعف جدی مواجه شود. از این رو، از جمله بایسته‌های قوه مقننه در دولت اسلامی، واگذاری امر نظارت بر قوانین به مجلسی مستقل و متشکل از نمایندگان مردم است.



این مجلس در کنار رصد حسن اجرای قوانین و مطالبه اجرای قانون توسط مراجع ذی‌ربط، به‌عنوان پل ارتباطی بین مردم و مجلس قانون‌گذار، مجلس قانون‌گذار را در نیازسنجی تقنینی یاری می‌دهد. از این‌رو، نظارت کارآمد بر حسن اجرای قوانین و نیازسنجی تقنینی، از جمله مهم‌ترین وظایف این مجلس به‌شمار می‌رود؛ که در ادامه، هر یک از آنها به‌تفصیل بررسی می‌شود.

## ۱-۲-۲. نظارت کارآمد بر اجرای قوانین

در دولت اسلامی، تدوین متون قانونی توسط فقها و حقوق‌دانان، پیش‌شرط قانون‌گذاری کارآمد است و برای دستیابی به قوه مقننه مطلوب، علاوه بر تقنین کارآمد، نیاز به وجود نهادی نظارتی است تا از طریق آن، حسن اجرای قوانین تضمین گردد. امر نظارت بر قوانین، قبل از آنکه واجد مبنای شرعی باشد، یک ضرورت عقلی محسوب می‌شود؛ چه آنکه اگر بهترین قوانین تصویب شود، ولی در مقام اجرا اعتنای کافی به آن نشود یا قانون به‌نحو کامل و درست اجرا نشود، قانون‌گذاری به امری عبث مبدل خواهد شد. تأکید فراوان شریعت اسلام بر امر نظارت نیز ارشاد به همین موضوع است. در این خصوص، امیرالمؤمنین علی علیه السلام خطاب به مالک اشتر می‌نویسد:

با فرستادن جاسوسان و نیروهای مخفی راستگو و باوفا، کارهای کارمندان و کارگزارانت را زیر نظر بگیر. بازرسی مداوم پنهانی سبب می‌شود که آنان به امانت‌داری و مدارا کردن با زیردستان تشویق شوند. اعوان و انصار خویش را سخت زیر نظر بگیر. اگر یکی از آنها دست به خیانت زد و مأموران سرتی تو متفقاً چنین گزارشی دادند، به همین مقدار از شهادت اکفا کن و او را تازیانه بزن و به مقدار خیانتی که کرده، کیفر کن (ابن ابی‌الحدید، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۷، ص ۴۳۶-۴۳۷).

بر همین مبنا، یکی از وظایف خطیر مجلس نمایندگان، نظارت کارآمد بر حسن اجرای قوانین است. تأکید بر تشکیل مجلسی مستقل در کنار مجلس قانون‌گذار، از جهت گستره امر قانون‌گذاری و لزوم تمرکز بر این امر خطیر است. در واقع، واگذاری امر نظارت بر قوانین به مجلس قانون‌گذار باعث تقسیم توان مجلس قانون‌گذار به دو موضوع خطیر قانون‌گذاری و نظارت، و در نتیجه ناکارآمدی این مجلس در انجام هر دو وظیفه، و مواجهه با آسیب‌هایی است که در ساختار فعلی مجلس وجود دارد.

## ۲-۲-۲. نیازسنجی تقنینی

نیازسنجی را می‌توان به فرایندی نظام‌مند برای تعیین اهداف، شناسایی فاصله میان وضع موجود و هدف‌ها، و نهایتاً تعیین اولویت‌ها برای عمل تعریف کرد (بارتون و مریلا، ۱۹۷۷، ص ۲۲). بر این اساس، در نیازسنجی تقنینی، به نیازهای جامعه و شهروندان توجه شده، سعی می‌شود تا با تشخیص نیازهای واقعی ایشان، قوانینی متناسب با این نیازها وضع شود. نیازسنجی تقنینی از جهات متعددی اهمیت دارد؛ اینکه تقنین بر اساس نیازهای واقعی صورت می‌گیرد؛ قوانین متروک

نمی‌شوند (زیرا نتیجه طبیعی وضع قوانینی که مخالف با نیازهای شهروندان هستند یا دست کم مطابق با نیازهای ایشان نیستند متروک ماندن آنهاست)؛ از طرفی، تورم تقنینی یا قانون گذاری افراطی کاهش می‌یابد و اصلاح مکرر قوانین یا نسخ آنها را به پایین ترین حد می‌رساند. به علاوه در صورتی که نیازسنجی تقنینی صورت نگیرد، طبعاً در حوزه‌هایی که نیاز به قانون گذاری است، قانونی وضع نمی‌شود و به این ترتیب، خلأ قانونی در برخی حوزه‌ها وجود خواهد داشت. از این رو نیازسنجی صحیح تقنینی را می‌توان یکی از مؤلفه‌های قانون گذاری کارآمد دانست.

با عنایت به اینکه نمایندگان مجلس دوم در واقع پل ارتباطی بین مردم و مجلس قانون گذار محسوب می‌شوند، این مجلس سهم بسزایی در شناسایی نیازهای تقنینی جامعه دارد. البته پیش‌بینی این وظیفه برای این مجلس به معنای آن نیست که مجلس قانون گذار نباید در قانون گذاری به نیازها و اولویتهای تقنینی توجه کند؛ بلکه منظور آن است که در تشخیص اولویتهای قانون گذاری، از ظرفیت مجلس دوم که رابط بین مردم جامعه و حکومت محسوب می‌شود، بهره ببرد.

بدیهی است که بهره‌مندی از مزایای نیازسنجی تقنینی کارآمد زمانی ممکن است که متأثر از احساسات و هیجانات شهروندان نباشد. یکی از نمونه‌های این اثرپذیری قانون گذار را می‌توان در تنظیم طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن - که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۱۸ به مجلس ارائه شد - مشاهده کرد. مطابق مقدمه توجیهی این طرح، «یکی از جرایمی که اکنون در سال‌های اخیر در اخبار نمود بسیار پیدا کرده است، جرم اسیدپاشی می‌باشد. این جرم که به نظر می‌رسد نسبت به گذشته رو به افزایش بوده، عمیقاً افکار عمومی را تحت تأثیر قرار داده است». نکته قابل توجه اینکه در اظهار نظر کارشناسی درباره این طرح آمده است: «چون جرم اسیدپاشی یکی از جرایم علیه تمامیت جسمانی است، مواد بیان شده در قانون مجازات اسلامی جهت کیفر مجرم کافی بوده و خلأ قانونی در این زمینه احساس نمی‌شود» (مجیبی، ۱۳۹۷، ص ۵-۶). همچنین، در بررسی ماده ۱ این طرح، که به جرم‌انگاری فعل اسیدپاشی و تعیین قصاص برای مرتکب آن پرداخته شده، چنین آمده است: «با توجه به مقررات موجود در کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی، این ماده مفاد جدیدی را بیان نکرده و قانون مذکور، به تفصیل موارد مربوط به قصاص را بیان کرده است» (همان، ص ۱۳). به نظر می‌رسد، علاوه بر اینکه قانون گذار در تهیه طرح یادشده، تحت تأثیر وقایع جاری در جامعه قرار گرفته، کوشیده است تا صرفاً از طریق تشدید کیفر، ارتکاب جرم اسیدپاشی را کاهش دهد. این در حالی است که ضروری بود تا ابتدائاً به علل ناکارآمدی جرم‌انگاری و ترمیم کیفرهای قبلی در این زمینه پرداخته می‌شد و آن گاه در صورت ضرورت، اقدام به تشدید کیفر می‌شد. بر این اساس، ضروری است مجلس قانون گذار پس از دریافت گزارش نیازهای اعلامی از مجلس نمایندگان، ضمن مشورت با متخصصین و کارشناسان مربوطه، ضرورت یا عدم ضرورت قانون گذاری در موضوعات را احراز کند.

## نتیجه‌گیری

از جمله مهم‌ترین راهبردهای گذر از نظام اسلامی و نیل به دولت اسلامی، اصلاح و ترمیم ساختارها و نهادهای استراتژیک نظام است. بی‌تردید یکی از ساختارهای اصلی نظام اسلامی، قوهٔ مقننه است. گذشت بیش از چهار دهه از تشکیل این قوه، بیانگر وجود آسیب‌های متعدد در این قوه است که بیشتر آن، به ساختار کنونی این قوه برمی‌گردد. طولانی بودن فرایند قانون‌گذاری، حجم بالای طرح‌ها و لوایح، واگذاری قانون‌گذاری به غیر متخصص، و ضعف نظارت بر حسن اجرای قوانین، از جملهٔ این آسیب‌ها هستند. این نوشتار با دغدغهٔ کاهش آسیب‌های موجود، بدین نتیجه رهنمون شد که تفکیک دو حوزهٔ قانون‌گذاری و نظارت بر حسن اجرای قوانین می‌تواند تا حدی قوهٔ قانون‌گذاری را از این آسیب‌ها مصون دارد. از این‌رو الگوی دومجلسی متشکل از فقها و حقوق‌دانان اسلامی به‌عنوان مجلس قانون‌گذار، و مجلسی متشکل از نمایندگان مردم به‌عنوان مجلس ناظر و مطالبه‌گر، پیشنهاد شد. تضمین حداکثری شریعت قوانین و مقررات، چابک‌سازی امر نظارت بر حسن اجرای قوانین، بهره‌مندی از متخصصین در فرایند قانون‌گذاری، حذف نقش شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرایند تقنین، و در نتیجه، تسریع فرایند قانون‌گذاری، کاهش هزینه‌ها و تمرکز بیشتر این دو نهاد بر دیگر وظایف قانونی، از جمله مزایای این الگوست.

## منابع

- ابن ابی الحدید، عبدالحمید بن هبه الله، ۱۴۰۴ ق، شرح نهج البلاغه، قم، مکتبه آیت الله المرعشی النجفی.
- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۶، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
- پژوهشکده شورای نگهبان، سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، (۱۳۶۰/۵/۲۹) در: nazarat.shora-rc.ir
- جوادی آملی، عبدالله، ۱۳۹۱، ولایت فقیه؛ ولایت فقاهت و عدالت، قم، اسراء.
- حبیب‌نژاد، سید احمد، ۱۳۹۵ «جایگاه عقل جمعی در اعمال ولایت»، فقه حکومتی، ش ۱، ص ۳۱-۴۹.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی، بیانات در دیدار با کارگزاران نظام، (۱۳۸۳/۸/۶) در: khamenei.ir
- شعبانی، صائب، فرزعلیان، علی، ۱۳۹۷، «ماهیت نظارت مجلس شورای اسلامی در پیشبرد منافع ملی»، مطالعات منافع ملی، ش ۱۴، ص ۱۵۳-۱۷۹.
- صدر، سید رضا، ۱۳۷۸، الاجتهاد والتقلید، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- عبدالاحد، علی، ۱۳۹۷، آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی به شماره مسلسل ۱۶۰۸۰، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- محبی، جلیل و خانعلی پور واجارگاه، سکینه، ۱۳۹۷، «طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزهدیدگان ناشی از آن»، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی به شماره مسلسل ۱۵۹۷۲، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- مرکز پژوهش‌های مجلس، سامانه طرح‌ها و لوایح مرکز پژوهش‌های مجلس، (۱۳۹۷/۱/۱۸) در: rc.majlis.ir
- مرکز مالمیری، احمد؛ عطار، سعید، ۱۳۹۷، «آسیب‌شناسی قانون‌گذاری در ایران از منظر رویه ابتکار قانون‌گذاری»، مجلس و راهبرد، ش ۹۶، ص ۲۱۳-۲۳۶.
- معاونت پژوهش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، عمده‌ترین مسائل کشور؛ اولویت‌ها و راهبردهای مجلس شورای اسلامی در دوره دهم، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله، ۱۴۲۳ق، ولایت فقیه، تهران، چ دوازدهم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۹، صحیفه امام، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۸ ق، التنقیح فی شرح العروه الوثقی (تقریرات به قلم علی غروی)، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- Burton, J. K. & Merrill, P. F., (1977) "Needs assessment: Goals, needs and priorities", L. J. Briggs, Introduction to Instructional Design, Englewood Cliffs, NJ: Educational Technology Publications.

## The Demanding Structural Requirements for the Legislative Power in the Islamic State (a Critical Approach to the Current Situation)

✉ **Mostafa Masoudian** / Assistant Professor Department of Islamic Jurisprudence and Law,  
Faculty of Humanities, Shahed University Tehran [m.masoudian@shahed.ac.ir](mailto:m.masoudian@shahed.ac.ir)  
**Ahmad Taghizadeh** / PhD in Public Law, Farabi Campus, University of Tehran  
**Received:** 2020/08/01 - **Accepted:** 2020/12/07 [ah.taghizadeh@yahoo.com](mailto:ah.taghizadeh@yahoo.com)

### Abstract

According to Islamic teachings the legislation in addition to execution of performance and judgment are considered among the Muslim judge's duties. Today, due to the fact that these duties may be assigned by the supreme leader the duty of legislation has been assigned to the Islamic Consultative Assembly. Legislative power is one of the influential institutions of this government due to the impact of laws on the exaltation and absolute authority of the Islamic state; therefore, it is extremely important to provide an excellent model which accords with Islamic standards. Using a descriptive-analytical method and emphasizing on Islamic teachings, this study tries to make explicit the general and basic requirements of the legislative power in the Islamic government. It is been proposed to use a model of a bicameral type of parliament consisting of faqihs and jurists as the legislature parliament and a another consisting of the representatives of people as a controller and demanding parliament. In this model there will be commissions of experts to be referred to for identifying the issues accurately and determining the priorities of legislation. Among the advantages of this model delegating the serious matters of legislation to professional experts, while entrusting the task of overseeing to the representatives of people and benefiting from the opinions of experts in identifying the issues.

**Key words:** the supreme leader, legislator, Islamic state, experts.

## The Definitions and Comprehensiveness of the Use of Children in Armed Conflict According to International Law

✉ **Rozita Kahrizi** / PhD Student in International Law, University of Tehran

kahrizi@ut.ac.ir

**Ebrahim Musazadeh** / Associate Professor, University of Tehran

**Received:** 2020/07/05 - **Accepted:** 2020/12/08

### Abstract

The use of children in armed conflicts is becoming increasingly complex due to a number of factors, including the non-internationalization of armed conflict and the availability and novelty of weapons. International law has been protecting children in this regard since the Geneva Conventions (Article 3 Joint) was adopted; however, the development of these protections under the different branches of international law has added complications and-sometimes-gaps to the relevant legal concepts. The research purpose is to make effort to expound the legal gaps and complexities mentioned above and to make them integrated possible. The asked by this research question is what, according to the sources of international humanitarian law and human rights and international penal law, are the comprehensiveness and ambiguity of the international definitions of such terms as child, armed conflict and conflict, employment and child's participation in armed conflict, employment and direct / indirect participation voluntary / compulsory, and international armed conflicts in contrast with the non-international and domestic definitions? In answering this a library-based method and documents are used. The ambiguities and discontinuities in the definition of "a child participation in disputes" have made them more vulnerable. It is recommended that the minimum protection age is raised to eighteen years, the restricting restrictive conditions of protection, such as the need for direct or active participation of the child in the conflict are omitted, and the ambiguities in the definitions and distinctions that lead to subjective interpretation and dual behavior are removed.

**Key words:** child, international and non-international armed conflicts, voluntary and compulsory employment, direct and indirect participation.

## The Hierarchy of the Commitments of Governments under the UN Charter with Emphasis on Chapter VII Resolutions

✉ Sara Famouri / Master of Law, University of Tehran

Sarafamoori94@gmail.com

Hamid Elhawi Nazari / Assistant Professor, Department of Public Law, University of Tehran

Received: 2020/05/30 - Accepted: 2020/10/28

### Abstract

One of the most important provisions of the organization of the United Nations for establishing the cohesion and unity of its legal system of is the Article 103 of the United Nations charter. The mentioned Article guarantees preserving the supremacy of the obligations of the Charter over other obligations of states declared by treaties, other international agreements, and also, in the view of some conventions, which is matter of disputed among experts. In addition to the fundamental obligations of the Charter, such as the principle of non-resorting to force, peaceful settlement of disputes, maintenance of international peace and security and avoiding interference in the internal affairs of nations, the Charter obligations include the obligations arising from the binding decisions of UN organs. Among the most important of these commitments are the decisions of the Security Council under Chapter VII and Article 25 of the Charter; This comes from the preliminary work of drafting the charter, the jurisprudence of the International Court of Justice and the procedure of the Council itself. In this article, using a descriptive-analytical method and after examining different views and the importance of the UN order, it was concluded that this superiority of charter obligations is not limited to treaty obligations and includes customary obligations, fundamental features of the Charter can be applied to non-member states.

**Key words:** charter obligations, customary international law, the Security Council, Chapter VII, Article 25 of the Charter, Article 103 of the Charter, international agreement.

## The Effect of the Way Judges Are Elected on the Independence of the German Constitutional Court

Ali Mohammad Fallahzadeh / Assistant Professor, Department of Public and International Law, Allameh Tabatabaiei University

✉ Maziar Khademi / PhD student in Public Law, Allameh Tabatabaiei University

Received: 2020/09/08 - Accepted: 2021/01/14

maziarkhademii@gmail.com

### Abstract

This study examines the effect of the way judges are elected on the independence of the German Constitutional Court. Using a library-based method, this study seeks to answer the question as to what impact the extent and way of participation of various organs in the selection of the judges of the courts whose duty is to guard the constitution have on the independence of the institution in Germany. The purpose of this study is to make use of the findings of the comparative research to promote the independence of the jurists of the Guardian Council in Iran. The findings of the study show that the German legal system is so unique that it has transmuted the model of parliamentary majority in its legal system, and by eliminating the potential flaws that arise from the political nature of the selection process, guaranteeing the various aspects of judicial independence and adopting such methods as: intrusion of the Bundesrat (Federal Council) in the appointment of judges for the participation of state institutions, exercising a two-third majority to allow the participation of opposition parties and to prevent the creation of an atmosphere of political obstruction, Informal agreements on the division of the right to elect members of the court among the major parties, a liberty right to vote to smaller parties and establish a twelve-member election committee elected by the parties for the full participation of them and the forces of society in the process of appointing judges, also, the obligation to elect academic judges have largely preserved the independence of this institution; so that this legal system can be categorized as one of the most independent and effective institutions that guard the constitution in such a way that today.

**Key words:** the method of appointing judges, the model of the legal majority, the independence of senior judges, the German Constitutional Court.



## The Strategies of Imamiyyah Fiqh for Asserting Citizens' Right to Privacy

**Amir kashtgar** / PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran

✉ **Hossein Javar** / Assistant Professor, Department of Private Law, Farabi Campus, University of Tehran

**Received:** 2020/07/03 - **Accepted:** 2020/12/25

hjavar@ut.ac.ir

### Abstract

As a safe area for people's living privacy which requires immunity from surveillance, interception and aggression is considered a natural and long-standing need so that today the concerns about violating it have increased due to the advances in technology and powerful impact of the means of communication. Therefore, protecting privacy and asserting the right to it has become more important in the present time. In response to these concerns special discourse has developed in the study of law and the sociology, known as the "right to privacy. Legal systems each has taken a specific approach to protecting this right. The question that arises here is what a strategy does Imamiyyah fiqh adopt for protecting and asserting this right? An examination of imamiyyah sources and fiqh principles of shows that this much attention has been given to right since the Islamic Law and it has been safeguarded in four aspects: first, preventative measures (including the adjustment of the factors which contribute to violating privacy and the social rules restricting violation); secondly, support in frame of to general rules; third, forbidding the examples of violation and imposing a fine for then; forth, part of the guarantee. this study examines strategic the dimensions of the mentioned safeguarding. Using an analytical-descriptive approach to Imamiyyah fiqh.

**Key words:** privacy, Imamiyyah fiqh, preventative, penal policy, enforcement guarantee.

# ABSTRACTS

## The Possibility of Referring to Highly Acceptable Civil Norms in the Courts; a Case Study of the Procedure of the Court of Administrative Justice

Mohammad Abrishami Rad / Assistant Professor of Law Semnan University

abrishamirad@semnan.ac.ir

✍ Hossein Ayneh Negini / PhD in Public Law, University of Tehran

Received: 2020/09/05 - Accepted: 2021/01/17

### Abstract

Article 167 of the Constitution stipulates that the judge must first give decision on any case by reoffering to "the statutes", in case of inadequacy of the statutes and make decision on the case on the basis of "authoritative Islamic sources or fatwas". Using a this descriptive-analytical method, this study examines the concept of "statutes" and gives examples of this kind of laws contained in the Iranian legal system particularly in the procedure of the Court of Administrative Justice. According to the findings of this study, if the term "statutes" in Article 167 of the Constitution is used its broad sense and it is regard as equivalent to "codified civil norm", then, the judicial authorities must observe and refer to highly acceptable norms in addition to observing common laws, and so, a review of the procedure of the Court of Administrative Justice shows that, in practice, this institution rests on norms beyond the common law, such as "the Constitution", "interpretive opinions of the Guardian Council", "general policies of the system", "the command of supreme leader " and "the rules and regulations of the Supreme National Security Council".

**Key words:** Court of Administrative Justice, statues, judge's reference, legal norm.

# Table of Contents

<b>The Possibility of Referring to Highly Acceptable Civil Norms in the Courts; a Case Study of the Procedure of the Court of Administrative Justice</b> <i>Mohammad Abrishami Rad / Hossein Ayneh Negini</i> .....	7
<b>The Strategies of Imamiyyah Fiqh for Asserting Citizens' Right to Privacy</b> <i>Amirkashtgar / Hossein Javar</i> .....	25
<b>The Effect of the Way Judges Are Elected on the Independence of the German Constitutional Court</b> <i>Ali Mohammad Fallahzadeh / Maziar Khademi</i> .....	43
<b>The Hierarchy of the Commitments of Governments under the UN Charter with Emphasis on Chapter VII Resolutions</b> <i>Sara Famouri / Hamid Elhawi Nazari</i> .....	57
<b>The Definitions and Comprehensiveness of the Use of Children in Armed Conflict According to International Law</b> <i>Rozita Kahrizi / Ebrahim Musazadeh</i> .....	73
<b>The Demanding Structural Requirements for the Legislative Power in the Islamic State (a Critical Approach to the Current Situation)</b> <i>Mostafa Masoudian / Ahmad Taghizadeh</i> .....	87

**Director-in-charge:** *Imam Khomeini Educational and Research Institute*

**Managing Director:** *Seyyed Ebrahim Hussein*

**Editor in Chief:** *Ebrahim Mosazadeh*

**Executive Manager:** *Mohammad Rajabi Elgha*

**Editorial Board:**

**Mohammad Javad Arasta:** *Associate Professor, Pardis Farabi University*

**Mohammad Reza Bagherzadeh:** *Assistant professor IKI*

**Seyyed Ebrahim Hoseini:** *Assistant professor, IKI*

**Vali Rostami:** *Associate professor, Tehran University*

**Azizallah Fahimi:** *Associate Professor, Qom University*

**Reza Mohammadi Karaji:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Fazlollah Mousavi:** *Full Professor, Tehran University*

**Ebrahim Mosazadeh:** *Associate professor, Tehran University*

**Seyyed Ali MirDamad Najafabadi:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Mahmud Nabaviyan:** *Associate professor, IKI*

---

**Address:**

IKI

Jomhori Eslami Blvd  
Amin Blvd., Qum, Iran

**Tel:** +982532113477

**Fax:** +982532934483

**Box:** 37185-186

[www.nashriyat.ir](http://www.nashriyat.ir) & [www.iki.ac.ir](http://www.iki.ac.ir)

<http://nashriyat.ir/SendArticle>

---