



رساله جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق (جزا و جرم‌شناسی)

**عنوان :**

**مطالعه تطبیقی جرم جاسوسی  
در حقوق موضوعه ایران و امریکا**

استاد راهنما :

**دکتر عباس شیخ‌الاسلامی**

استاد مشاور :

**دکتر فاطمه سوهانیان**

تحقیق و پژوهش :

**یونس مصباح**

**شهریور ۱۳۹۰**



## تقدیم بہ:

مادرم؛

آن بزرگ آموزگار زندگی و آن شیفۃ تحصیل علم و دانش کہ تختین نغمہ ہای سخن فارسی را

یک حرف و دو حرف بر زبانم الفاظ نہاد و گفتن آموخت

پدرم؛

آن شمع فروزانی کہ عمر خویش را وقف تعلیم و تربیت من کرد و قامت پر استقامت خویش را در راه ساختن آیندہ

می فرزند خویش خمیدہ ساخت.

و تقدیم بہ وجود نازنین بہ سرم؛

کہ آموخت بہ من رسم وفاداری را و شوہ می یکی شدن را.

## تقدیر و سپاس:

اکنون که بایاری خداوند متعال و تلاش های بی دریغ اساتید بزرگوارم جناب آقای دکتر عباس شیخ الاسلامی به عنوان استاد راهنما، و سرکار خانم دکتر سوهانیان به عنوان استاد مشاور، و جناب آقای دکتر نظیفی به عنوان استاد داور که با صبوری فراوان پاسخگویی مشکلات بنده بودند، کار این پژوهش به پایان رسید، بر خود لازم می دانم که خالصانه ترین سپاس ها را تقدیم ایشان کنم و اعتراف کنم برای من هیچ سخطی با سگوه ترویج فردی گران تر از آن نیست که بجنود رضایت در چهره می شاعر نیران احساس کنم.

یونس مصباح

شهریور ۹۰

## چکیده:

جاسوسی از جمله جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی است که ضرر و نتیجه سوء آن مستقیماً متوجه مصالح عالیّه ی مملکت و تمامیت سازمانهای سیاسی، استقلال و حیات اقتصادی و اعتبارات مملکتی و نهایتاً آرامش و آسایش عمومی من حیث المجموع می باشد. اگر چه عواقب این جرم خواه ناخواه به طور غیر مستقیم منافع خصوصی و شخصی فرد یا افراد معینی را ممکن است به خطر اندازد ولی در واقع هدف و مجنی علیه مستقیم مرتکب این جرم جاسوسی که از جمله جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی می باشد ملت و یا حکومت است. جرم جاسوسی اولین صدمه اش متوجه مصالح عالیّه ی خود کشور می گردد.

جرم جاسوسی آنقدر واجد اهمیت است که برابر (بند ب از ماده ی ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۶۱/۷/۲۱ سابق و ماده ی ۵ قانون مجازات اسلامی لاحق مصوب ۱۳۷۰) هر ایرانی یا بیگانه که حتی در خارج از قلمرو ایران علیه منافع و تمامیت ارضی و امنیت داخلی و خارجی اقدام نماید باید در دادگاه های ایران مورد محاکمه قرار گیرد.

در این پژوهش علاوه بر بررسی جرم جاسوسی در ایران، به سراغ حقوق آمریکا رفته و با بررسی دقیق این جرم در این کشور و در نظر گرفتن عناصر اصلی این جرم و تامل در وجوه افتراق و اشتراک موجود که به تبع آن نقاط قوت و ضعف قوانین دو کشور در این مورد آشکار می شود به تعریفی جامع و منطبق با شرایط فعلی جهانی از این جرم نائل گردیم.

واژگان کلیدی: جاسوسی - امنیت - قوانین ایران - قوانین آمریکا - حقوق موضوعه - مطالعه تطبیقی -

جرایم علیه امنیت

صفحه	عنوان	فهرست:
۱.....	مقدمه	
۱.....	الف) بیان مسأله	
۳.....	ب) سوالات تحقیق	
۳.....	ج) فرضیات تحقیق	
۳.....	د) سابقه و ضرورت انجام تحقیق	
۴.....	هـ) روش تحقیق	
۴.....	و) ترسیم و تبیین پلان	
<b>بخش اول: چارچوب مفهومی و بنیادی</b>		
۶.....	فصل اوّل. مفاهیم و تقسیمات	
۶.....	مبحث اول : مفاهیم اولیه	
۶.....	گفتار اول - مفهوم حقوق موضوعه	
۶.....	گفتار دوم - مفهوم رویه قضایی	
۷.....	گفتار سوم - الزام و اعتبار کلی	
۹.....	گفتار چهارم - قانون و رویه قضایی	
۱۰.....	مبحث دوم : جرم	
۱۰.....	گفتار اول - تعریف	
۱۰.....	الف) در فقه اسلام	
۱۱.....	ب) در حقوق ایران	
۱۲.....	ج) در حقوق آمریکا	
۱۲.....	گفتار دوم - طبقه بندی	
۱۴.....	مبحث سوم : امنیت	

گفتار اول - تعریف	۱۴
الف) در فرهنگ عرفی	۱۴
ب) در فرهنگ قرآنی	۱۶
گفتار دوم - انواع و طبقه بندی	۱۷
الف) امنیت ملی	۱۷
ب) امنیت بین المللی	۱۸
مبحث چهارم : جاسوسی	۲۰
گفتار اول - تجسس و جاسوسی در لغت	۲۰
گفتار دوم - تعریف جاسوسی	۲۲
گفتار سوم - ضد جاسوسی	۲۴
گفتار چهارم - مفهوم جاسوسی در حقوق بین الملل	۲۵
الف) مفهوم جاسوسی در حقوق بین الملل کلاسیک	۲۵
ب) مفهوم جاسوسی در حقوق بین الملل نوین	۲۶
فصل دوم. پیشینه تاریخی	۲۸
مبحث اول : تاریخچه ی اجتماعی	۲۸
مبحث دوم : تاریخچه ی تقنینی	۳۳
مبحث سوم : تاریخچه ی تئوری پردازی	۳۵
فصل سوم. مبانی جرم انگاری	۳۹
مبحث اول : مفهوم	۳۹
مبحث دوم : در فقه اسلام	۴۰
گفتار اول - گفتمان قرآن	۴۰
گفتار دوم - گفتمان اهل سنت	۴۱

۴۳	گفتار دوم - گفتمان شیعه .....
۵۰	مبحث سوم : در اسناد بین المللی .....
۵۰	گفتار اول - جاسوسی و تعارض با حقوق بشر .....
۵۰	گفتار دوم - دیدگاه سنت گرایان و نوگرایان .....
۵۱	مبحث چهارم : در حقوق ایران .....
۵۸	مبحث پنجم : در حقوق آمریکا .....
۶۱	<b>فصل چهارم. ابعاد جاسوسی .....</b>
۶۱	مبحث اول : گستره داخلی و بین المللی جاسوسی .....
۶۱	گفتار اول - گستره داخلی .....
۶۳	گفتار دوم - گستره بین المللی .....
۶۵	مبحث دوم : اقسام جاسوسی .....
۶۵	گفتار اول - از لحاظ موضوع .....
۶۷	گفتار دوم - شیوه های مرسوم .....
۶۹	گفتار سوم - خصوصیات جرم جاسوسی .....
۷۱	گفتار چهارم - عناصر جرم جاسوسی .....
۷۲	گفتار پنجم - جرایم مرتبط با جاسوسی .....
۷۳	گفتار ششم - علل انگیزشی جاسوسی .....
۷۶	مبحث سوم : جاسوسی؛ جرم سیاسی یا عادی .....
۷۶	گفتار اول - جرم سیاسی .....
۸۱	گفتار دوم - جرم سیاسی در ایران .....
۸۷	گفتار سوم - جرم سیاسی در آمریکا .....
۹۰	گفتار چهارم - ماهیت جرم جاسوسی .....



بخش دوم: بررسی جرم جاسوسی در قوانین مدون ایران و آمریکا

- فصل اول: جاسوسی در حقوق آمریکا ..... ۹۵
- مبحث اول: شکل گیری قانون اساسی ایالات متحده: ..... ۹۶
- گفتار اول: نظام قضایی ایالات متحده: ..... ۹۸
- گفتار دوم: ساختار قوه قضائیه فدرال: ..... ۱۰۰
- مبحث دوم: چستی جرم در حقوق آمریکا: ..... ۱۰۴
- مبحث سوم: قوانین جاسوسی در ایالات متحده آمریکا: ..... ۱۰۶
- گفتار اول: جمع آوری، انتقال یا از دست دادن اطلاعات دفاعی ..... ۱۰۷
- گفتار دوم: دریافت یا تحویل اطلاعات دفاعی جهت مقاصد دولت خارجی ..... ۱۰۹
- گفتار سوم: پناه دادن یا مخفی نمودن اشخاص ..... ۱۱۱
- گفتار چهارم: عکس برداری، طراحی و انتشار تصاویر موضوعات دفاعی ..... ۱۱۱
- گفتار پنجم: انتشار اطلاعات طبقه بندی شده ..... ۱۱۲
- گفتار ششم: انتقال و جابجایی مدارک، اسناد فدرال و غیره: ..... ۱۱۴
- گفتار هفتم: انتقال اطلاعات طبقه بندی شده به کشورهای خارجی از سوی کارمندان فدرال: ..... ۱۱۵
- گفتار هشتم: جاسوسی بیگانگان و شهروندان: ..... ۱۱۷
- فصل دوم: جاسوسی در حقوق ایران ..... ۱۲۱
- مبحث اول: مصادیق جرم جاسوسی در قانون مجازات اسلامی ..... ۱۲۱
- گفتار اول- جاسوسی به نفع یک دولت بیگانه و به ضرر دولت بیگانه دیگر در قلمرو ایران ..... ۱۲۱
- گفتار دوم- افشاء یا تسلیم نقشه ها، اسرار، اسناد و تصمیمات راجع به سیاست داخلی یا خارجی کشور به اشخاص فاقد صلاحیت ..... ۱۲۲
- گفتار سوم- ورود به مواضع برای سرقت نقشه یا کسب اطلاع از اسرار سیاسی یا نظامی یا امنیتی و نقشه برداری، عکس برداری و فیلم برداری از استحکامات نظامی و اماکن ممنوعه ..... ۱۲۵

- گفتار چهارم- جمع آوری اطلاعات طبقه بندی شده و انتقال آن به افراد فاقد صلاحیت ..... ۱۲۷
- گفتار پنجم- تخلیه ی اطلاعاتی ..... ۱۲۹
- گفتار ششم- مخفی نمودن جاسوسان دشمن یا سبب اخفای آنان شدن ..... ۱۳۰
- گفتار هفتم- شناسایی، جذب و معرفی افراد به دولت خصم یا بیگانه جهت جاسوسی ..... ۱۳۲
- مبحث دوم: مراجع صلاحیت دار ایران برای رسیدگی به جرم جاسوسی ..... ۱۳۳
- گفتار اول - دادگاه انقلاب ..... ۱۳۴
- گفتار دوم- دادگاه نظامی ..... ۱۳۴
- گفتار سوم- دادگاه ویژه ی روحانیت ..... ۱۳۵
- فصل سوم: وجوه اشتراک و افتراق جاسوسی در ایران و آمریکا ..... ۱۳۶
- مبحث اول: وجوه اشتراک ..... ۱۳۶
- مبحث دوم: وجوه افتراق ..... ۱۴۶
- نتیجه گیری: ..... ۱۵۲
- پیشنهادات: ..... ۱۵۵
- منابع و مأخذ: ..... ۱۵۷

چکیده

## مقدمه

## الف - بیان مسأله:

از گذشته های دور و با پدید آمدن زندگی جمعی، بحث جرم و وجود آن نیز همسو با جامعه شکل گرفته است. در عصر حاضر با توجه به پیچیده شدن جوامع و وجود ابزارهای جدید، جرائم نیز ظهور متفاوتی پیدا نموده اند. امروزه جرم در قالب ها و اشکال مختلف در هر جامعه ای بروز و ظهور می نماید. در این میان جرم جاسوسی از شرایط ویژه ای برخوردار است.

از زمانی که دولت ها هر چند در شکل های ابتدایی خود پا به عرصه وجود نهادند و مرز بندی میان کشورها شکل گرفت، ارتکاب جرایمی چون جاسوسی نیز مطرح شد. در ابتدا اغلب جاسوسی به عنوان یک جرم تلقی نمی شد، بلکه به نوعی کیاست و زرنگی تلقی می گردید. در گذشته جاسوسی محدود به دوره جنگ و امور نظامی بود. اما امروزه دامنه ی آن بسیار گسترش پیدا نموده است و در امور علمی، اقتصادی، سیاسی و... نیز مصداق پیدا می نماید.

این جرم در طول حیات خود، سه دوره را پشت سرگزارده است:

دوره اول (از زمان باستان تا اوایل قرن نوزدهم): در این دوره، بین جرایم عمومی و سیاسی هیچ فرقی وجود نداشت و مجرمان سیاسی از امتیازات ویژه برخوردار نبودند.

دوره دوم (دوران رشد و شکوفایی جرم سیاسی، از قرن ۱۹ تا زمان وقوع جنگ های جهانی): در این دوره، جامعه تحت تاثیر تالیفات فلاسفه و دانشمندان قرن هجدهم قرار داشت. دانشمندانی مانند منتسکیو (۱۷۵۵ - ۱۶۸۹) با نوشتن روح القوانین، ولتر (۱۷۷۸ - ۱۶۹۴) با اثر معروف خود به نام زادبگ و ژان ژاک روسو (۱۷۷۸ - ۱۷۱۲) با کتاب قرارداد اجتماعی، تاثیر بسیاری در این زمینه بر جای گذاشتند و زمینه را برای تغییر نظام حکومتی آماده کردند.

دوره سوم، دوران افول جرم سیاسی (پس از جنگ های جهانی اول و دوم) : وقوع جنگ های جهانی و رقابت احزاب، در افزایش جرایم سیاسی نقش بسزایی داشت. در این دوره مرتکبان جرایم سیاسی از اқشار گوناگون نظامیان، سیاسیان بودند.

انقلاب ۱۹۱۷ شوروی (سابق) و تقویت حزب کمونیست در سایر کشورها، سبب گسترش قتل ها و جرایم سیاسی و وقوع انقلاب های متعدد در سایر کشورهای جهان شد. از این رو، برخی از کشورها علاوه بر انعقاد پیمان های نظامی، در برخورد با مجرمان سیاسی تجدیدنظر کردند و مجازات های سنگین تری برای این دسته از مجرمان قائل گردیدند.

امروزه بیش تر دولت های جهان بر این باورند که نتیجه جرایم سیاسی و من جمله جاسوسی به خطر افتادن موجودیت کشور یا تغییر دادن اساس حاکمیت آن از طریق توسل به زور است و به همین دلیل، مجازات های شدید و سنگینی نسبت به مرتکبان جرایم سیاسی اعمال می کنند. این تلقی از جرم جاسوسی به عنوان حرکتی علیه امنیت یک کشور، که امروزه به شکل سازمان یافته و فراملی ظهور نموده است، باعث توجه ویژه برخی دولت ها به این جرم شده است.

این موارد و همچنین عدم وجود تعریفی کامل در حقوق موضوعه ایران که جامع اطراف و مانع اغیار باشد و هم چنین فواید مترتب بر تحقیقات تطبیقی در این زمینه جهت دستیابی به چارچوب های مفهومی جدیدتر و جامع تر، از طریق مقایسه و تطبیق نظام مند قوانین موجود، شناسایی موارد حائز اهمیت در کشورهای مورد نظر و مقایسه ی آن با کشورهای دیگر، به منظور تدوین قوانینی کامل و کاربردی تر، ما را بر آن داشت تا در این پژوهش، علاوه بر بررسی جرم جاسوسی در ایران، به سراغ حقوق آمریکا رفته تا با بررسی دقیق این جرم در این کشور و در نظر گرفتن عناصر اصلی این جرم و تأمل در وجوه افتراق و اشتراک موجود که به تبع آن نقاط قوت و ضعف قوانین دو کشور در این مورد آشکار می شود به تعریفی جامع و منطبق با شرایط فعلی جهانی از این جرم نائل گردیم.

**ب- سوالات تحقیق :**

- ۱- عناصر اصلی و سه گانه جرم جاسوسی در حقوق موضوعه ایران و آمریکا کدامند؟
- ۲- جرم انگاری جرم جاسوسی در حقوق ایران و آمریکا بر اساس چه منطق و موازین حقوقی استوار است؟
- ۳- تا چه حدی رویه قضائی و تفسیر دادگاه ها در قلمرو جرم جاسوسی با قانون و واقعیات جامعه منطبق است؟
- ۴- جاسوسی جرم سیاسی است یا عادی؟

**ج- فرضیات تحقیق :**

- الف) به نظر می رسد که ما بین عناصر تشکیل دهنده ی جرم جاسوسی در ایران و آمریکا شباهت ها و تفاوت هایی وجود داشته باشد که در این میان، در حقوق ایران دامنه این جرم گسترده تر و دارای ابهام بیشتری نیز می باشد.
- ب) به نظر می رسد که جرم انگاری در قلمرو جاسوسی در حقوق ایران به شکل تقلیدی و ترجمه از قوانین خارجی بوده باشد و با واقعیات جامعه سازگاری نداشته باشد.
- ج) با توجه به ابهامات موجود در خصوص این جرم، رویه قضائی دید سختگیرانه ای چه از حیث صلاحیت محاکم و چه از نظر تحقق ارکان جرم دارد.
- د) به نظر می رسد جرم جاسوسی از جمله جرایم سیاسی محسوب نگردد.

**د- سابقه و ضرورت انجام تحقیق :**

درباره جرم جاسوسی و یا بررسی این جرم از نگاه فقه اسلامی، و تفاوت های میان این جرم با خیانت به کشور، تا کنون مطالب مختلفی در قالب کتاب، مقاله و پایان نامه نوشته و منتشر گردیده است. اما هنوز پژوهشی که به طور تطبیقی، این جرم و جوانب مختلف آن را در مقایسه با کشور یا کشورهای دیگری انجام

قبیل دستیابی به نقاط قوت و ضعف مقررات قانونی کشورمان، راه های جدید برای اصلاح و به روز رسانی مقررات و سایر موارد، لزوم این مقایسه تطبیقی بیشتر خود را نشان می دهد.

در این زمینه پایان نامه های زیادی در دانشگاه های مختلف ارائه شده است که در قریب به اتفاق آنها تنها به حقوق ایران پرداخته شده است و در بعضی موارد نیز نگاهی کلی به اسناد بین المللی شده است. اما در پایان نامه حاضر می توان بررسی تطبیقی دو نظام حقوقی از دو سیستم رومی ژرمنی (ایران) و کامن لا (آمریکا) را مورد مطالعه و بررسی قرار داد.

## ه- روش تحقیق

در این پژوهش با هدف مطالعه تطبیقی از روش توصیفی استفاده می نمایم. در این راستا با توجه به ویژگی اصلی پژوهش که مطالعه تطبیقی یک موضوع در قوانین و حقوق دو کشور می باشد، ملزم به استفاده از اسناد و مدارک موجود در کتابخانه ها و مجلات مختلف می باشیم، لذا از روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه ای استفاده می نمایم.

## و- ترسیم و تبیین پلان

این رساله به دو فصل تقسیم می شود که در فصل اول در مورد خصوصیات مفاهیم اولیه موارد مورد بحث در ادامه پایان نامه توضیحاتی داده شده است در خصوص مفاهیم اولیه سعی گردیده که از ابتدا مقایسه ای تطبیقی صورت گیرد در ادامه با توجه به اینکه جرم جاسوسی از جمله جرایم علیه امنیت می باشد در مورد مفهوم امنیت و تعاریف و تقسیم بندی های آن مباحثی مطرح گردیده است. مالا به پیشینه تاریخی این جرم و ابعاد آن پرداخته ایم. در فصل دوم نیز وارد ماهیت موضوع گردیده ایم و در خصوص قوانین موضوعه مرتبط با جرم جاسوسی و مجموعه قوانین آمریکا و ایران مفصلاً بحث کرده ایم. و در پایان نیز با بر شمردن

وجود افتراق و اشتراک جرم جاسوسی در ایران و آمریکا پیشنهادات خود در جهت نیل به اهداف ترسیمی در این پایان نامه را مطرح کردیم.

همچنین دستیابی به اهداف ذیل مورد انتظار می باشد:

الف) تبیین جرم جاسوسی از نظر مفهومی در حقوق ایران و آمریکا.

ب) تشریح عناصر تشکیل دهنده این جرم در حقوق ایران و آمریکا.

ج) دستیابی به چارچوب های مفهومی جدیدتر و جامع تر، از طریق مقایسه و تطبیق نظام مند قوانین موجود.

د) شناسایی موارد حائز اهمیت در کشورهای مورد نظر و مقایسه ی آن با کشورهای دیگر به منظور تدوین قوانینی کامل تر و کاربردی تر.

# بخش اول:

## چارچوب مفهومی و بنیادی



## فصل اول. مفاهیم و تقسیمات

### مبحث اول : مفاهیم اولیه

#### گفتار اول - مفهوم حقوق موضوعه

حقوق موضوعه یا قوانین موضوعه یا قوانین وضعی اصطلاحی در فلسفه حقوق است و به قوانینی اطلاق می‌شود که با تصمیم انسان‌ها در یک جامعه و نه لزوماً مبتنی بر اخلاقیات، قوانین مقدس و یا قوانین طبیعی وضع می‌شود. این اصطلاح معمولاً در مقابل حقوق طبیعی به کار می‌رود. حقوق طبیعی به حقوقی گفته می‌شود که اشخاص بر پایه طبیعت خود دارا هستند. بدون آن که مشروط به توافق دیگران، وجود نهادهای سیاسی و قضائی و یا قوانین و سنت‌ها باشد. بنابراین حقوق طبیعی به هر انسان در هر زمان و هر مکانی تعلق می‌گیرد.<sup>۱</sup>

#### گفتار دوم - مفهوم رویه قضایی

به مفهومی سنتی رویه قضائی مترادف با علم حقوق است که خالی از ابهام هم نیست. به مفهوم فنی کلمه، رویه قضائی راه حلی است که به طور معمول دادگاهها در برخورد با یک مساله حقوقی ارائه می‌کنند. در اینجا چهره‌ای از قانون تقلید دیده می‌شود که بی آن، حقوق بدون توضیح است. در برخورد با یک مساله حقوقی شایع، دادگاهها خیلی زود عادت برخورد مشابه با آن مساله را پیدا می‌کنند، به طوری که می‌توان برخورد دادگاهها را با همان مساله پیش بینی کرد. اگرچه دادگاهها ملزم به تبعیت از راه حل قبلی نیستند، اما احتمال تبعیت از آن زیاد است، از این رو، رویه قضائی را می‌توان با قدری مسامحه عادت دادگاهها نامید.

۱. ویکی‌پدیا، دانشنامه آزاد؛ Available at : <http://fa.wikipedia.org>

از دیرباز در نظامهای حقوقی نوشته نقشه رویه قضائی به عنوان یک منبع حقوقی همواره مورد بحث و موجب افتراق بین انواع نظامهای مزبور بوده و هست. حقوق داخلی نیز از این قاعده مستثنا نشده است. برخی آن را سازنده و موجد قاعده حقوقی می دانند و بدین منظور از اصول ۱۶۷ و ۷۳ قانون اساسی استمداد می جویند پاره ای دیگر از حقوقدانان منکر نقش خلاق رویه ای هستند اینان نظر خود را با توسل به اصل ۵۷ قانون اساسی و نیز مواد ۵ و ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی استحکام می بخشند.

رویه قضائی آسانتر از قواعد قانونی از مرزها عبور می کند. استفاده از رویه قضائی کشورهای خارجی در مقایسه با استفاده از قوانین آن کشورها دارای قبح کمتری است. امروزه رویه قضائی سهم بزرگی در شکل گیری حقوق دارد بررسی آن دیگر جنبه تفننی سابق را از دست داده، بعنوان یک ضرورت مطرح است، به طوری که شناخت حقوق موضوعه بدون توجه به رویه قضائی غیر ممکن است. امروزه، بعضی از رشته های حقوق اساسا رویه ای است.

در عمل نیز وقتی مساله ای مطرح می شود، حقوقدانان به ویژه وکلای دادگستری، به سرعت در جستجوی رویه قضائی در آن زمینه بر می آیند، چرا که دیگر رویه قضائی برای همگان حقیقتی شناخته شده است. اکنون دیگر داده های رویه ای در همه رشته های حقوق تجلی یافته و عمل ناقص قانونگذار را تکمیل می کند. کارائی داده های رویه ای موجب شده است که حتی سرسخت ترین طرفداران قانون آن را به عنوان واقعیت بپذیرند.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم - الزام و اعتبار کلی

حال سؤال این است که: با توجه به اینکه آراء دادگاهها «موردی» و اعتبارشان محدود به دعوی خاص است، آیا با صدور رای واحد از طرف دیوانعالی یا با تکرار آراء مشابه از طرف دادگاهها «الزام و اعتبار کلی»

۱. علیرضا محمدزاده وادقانی؛ رویه قضائی و نقش سازنده آن در حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران، شماره ۳۸، پاییز ۱۳۷۶، ص ۴۳.

ناشی می شود یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه؟ و عبور از حالت موردی به کلیت به چه نحوی صورت می گیرد؟ حقوقدانان در مقام پاسخ به سه دسته تقسیم شده اند:

- ۱- دسته اول کسانی هستند که به این پرسش پاسخ منفی می دهند.
  - ۲- دسته دوم کسانی هستند که از تلقی رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق دفاع می کنند و
  - ۳- دسته سوم هم هستند که در مقام پاسخ مردد هستند و اظهارنظرهای دوپهلوی و غیر قطعی ارائه می کنند.
- شایان ذکر است که این بحث در تمامی خانواده حقوق نوشته، حتی در کشوری مثل سوئیس که رویه قضائی را به عنوان منبعی از حقوق به رسمیت می شناسد، کم و بیش مطرح است.
- امروزه با وجود یورش قانون، قاضی کمافی السابق یک شخصیت عمده است. وجود حکومت‌های دموکراتیک و حاکمیت حقوق، توجیه گر وجود قدرت قاضی است. منطق حکومت حقوق، اقتدار قاضی را توجیه می کند. چنین است که در ایران در راس قواعد اداری، دیوان عدالت اداری و در راس قانون، شورای نگهبان، و در فرانسه بر فراز حقوق اداری، شورای دولتی و بر فراز قانون، شورای قانون اساسی قرار دارد تا بی اعتباری قوانین خلاف قواعد و اصول را اعلام کنند. این دو منبع حقوق موجد و خالق قواعد هستند، هر دو تکمیل کننده عمل یکدیگر و زاینده حقوق هستند. قانون با مطرح کردن مفاهیم مجمل و قابل انعطاف باری اجرای عدالت به قاضی اعتماد می کند و از طرفی قاضی نیز گاه گاه با تصمیمات تحریک کننده مجلس را تحت فشار قرار می دهد تا متقبل مسئولیت خود بشود. فعالیت هر دو منبع محدود به حد و مرز است<sup>۱</sup>.
- مسئله محدودده رویه قضائی کوچکتر از جولانگاه قانون است. برای هر دو منبع محدودیت وجود دارد اما با درجاتی متفاوت. پس تفاوت این دو منبع در درجه است، نه در ماهیت. نقش و ارتباط این دو منبع یا یکدیگر شاید قابل مقایسه با نقش زوجین (مرد و زن) باشد همچنانکه مرد شاهد تنزل موقعیت بی چون و چرای سابق خود به عنوان رئیس خانواده و سرپرست فرزندان است، قانون گذار نیز شاهد اعتراض به موقعیت خود و از دست دادن قدرت انحصاری به عنوان منبع حقوق بوده است.

۱. همان، ص ۶۱.

در ایران از طریق دیوان عالی، دیوان عدالت اداری، شورای نگهبان و شاید در آینده نزدیک با تاسیس دادگاه قانون اساسی، توسط این دادگاه. در فرانسه از طریق نهادهای گوناگون همچون دیوان عالی، شورای قانون اساسی، شورای دولتی، دادگاه عدالت جامعه اروپا این اعتراضات مطرح شده و می شود.<sup>۱</sup>

### گفتار چهارم - قانون و رویه قضایی

در مقام مقایسه این دو باید گفت که قانون به معنای خاص کلمه برتر از رویه قضایی است و رویه قضایی برتر از مصوبات قوه مجریه. رویه قضایی دارای طبیعتی همچون قانون مفسر است، بنابراین قابل سرایت به گذشته است، در مورد احکامی که هنوز به قطعیت نرسیده‌اند قابل اعمال است و در زمینه جزائی چنانچه مساعد به حال متهم باشد قابل اجرا است. قواعد رویه ای پس از وضع، وجودی مستقل از قانون پیدا می کنند و دیگر به طور کامل وابسته به قانون نیستند، بنابراین با زوال قانون این قواعد به عنوان سوابق قضایی آن منتفی نمی شوند.

رویه قضایی در کنار قانون، همچون قانون، قاعده حقوقی وضع می کند و زاینده حقوق است. این دو، قطب های اصلی حقوق هستند که دارای عمل متقابل می باشند. جابجائی آنها به تناسب رشته ها، متغیر و همواره قابل برگشت است، برخلاف گذشته که به لحاظ تک منبعی بودن حقوق این جابجائی کند، در دراز مدت و در کل پیکر حقوق صورت می گرفت و نه در رشته خاصی.

رویه قضایی، برخلاف قانون، دچار محدودیت و موضوع کنترل مراجع خاصی نیست، لذا بستر مناسبی برای رفع پاره ای از بی عدالتی های حقوقی است، البته به شرط اینکه قضاتی بصیر و ژرف اندیش مستعد این کار باشند.<sup>۲</sup>

۱. همان

۲. همان، ص ۶۲.