

## رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر

بیژن عباسی<sup>۱</sup>، علی سهرابلو<sup>۲\*</sup>، احسان شهسواری<sup>۳</sup>

### چکیده

حقوق به مثابه علم سامان‌دهنده و تنظیم‌کننده اجتماع، با تغییر و تحول در ارتباطات اجتماعی ناگزیر از تغییر روش و رویکرد خواهد بود. وقوع تحولات به‌ویژه در حوزه حقوق عمومی با سرعتی که قوانین مصوب در فرایندهای قانونگذاری را یارای انطباق و روزآمدی با آنها نیست، سایر منابع حقوق همانند رویه قضایی را واجد کارکردهایی متفاوت از پیش ساخته است. مقاله پیش‌رو در پی بررسی و تحلیل این پرسش بوده است که آیا رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر تغییرات شگرفی داشته است و در صورت پاسخ مثبت در چه صور و اشکالی. نتایج حاصل از مثبت بودن پاسخ به تبع تحولات دنیای معاصر و اثرگذاری آنها بر علم حقوق است که رویه قضایی را در سه بخش الف) ایجاد و تأسیس هنجارهای جدید، ب) تکمیل هنجارهای موجود در نظام حقوقی و ج) حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص ذی‌صلاح شناخته است و در نتیجه تغییر در جایگاه رویه قضایی در بین منابع حقوق عمومی و ارتقای آن را رقم زده است.

### کلیدواژگان

حقوق و آزادی‌ها، حقوق عمومی، رویه قضایی، قاعده‌سازی، هنجار.

۱. دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: babbasi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده

Email: asohrablu@yahoo.com

مسئول).

۳. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران تهران، ایران.

Email: ehsanshahsavari@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۰۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۱۸

## مقدمه

علم حقوق در عداد علوم اجتماعی و تابع تحولات صورت پذیرفته در جامعه است. منابع علم حقوق مشخص و معین‌اند، اما تحول در جامعه تطور در این منابع را رقم می‌زند. برای نمونه اجتناب از نظام‌های دیکتاتوری گرایش جامعه به سوی قانون‌مداری را رقم زد و موجب برجسته‌تر شدن منبع قانون در حقوق شد. در واقع در این زمان دغدغه اصلی، پایان بی‌قانونی و دیکتاتوری بود. در ادامه و با استقرار نظام‌های دموکراتیک، موضوع توسعه، دغدغه اساسی جوامع شد و نیاز به تغییر قوانین پایه‌پای تحولات اجتماعی احساس شد و در نتیجه قانون برجستگی خاص خویش را از دست داد و نقش منابعی همچون رویه قضایی در انطباق نظام حقوقی با تحولات جامعه برجسته شد. تحولات اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی متعدد همانند جهانی شدن، توسعه ارتباطات و فناوری‌ها و افزایش تکثرگرایی در حوزه‌های مزبور از عوامل تأثیرگذار در این برجستگی است.

حقوق عمومی نیز به سبب خصلت پویایی و موضوع آن (حاکمیت و قدرت) متقبل بیشترین تأثیرگذاری‌ها در این زمینه شده است. رویه قضایی ایجادشده توسط مراجعی همچون دادرسان اساسی و اداری و مالی در حقوق عمومی داخلی و نهادهایی همانند دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان اروپایی و آمریکایی حقوق بشر در حقوق عمومی بین‌المللی واجد برجستگی خاصی به نسبت قبل شده است که منشعب از تحولات صورت پذیرفته در جوامع داخلی و نظام بین‌المللی است. شورای قانون اساسی فرانسه حفظ نظم عمومی را که در قانون اساسی این کشور تصریح نشده است، به عنوان اصلی دارای ارزش برابر با اصول قانون اساسی به رسمیت می‌شناسد، دیوان عدالت اداری ایران اصول کلی حاکم بر دادرسی‌ها را بدون اینکه در متن قانون مصرح باشند، مورد استناد قرار می‌دهد و دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در موارد متعددی دولت این کشور را دارای مسئولیت تمام و کمال در قبال خسارات وارده به شهروندان این کشور اعلام می‌کند؛ اینها و موارد مشابه در حوزه رویه قضایی اتفاق می‌افتد که فراتر از صلاحیت سنتی حل و فصل اختلاف و تفسیر قانون عمل می‌کند. ادبیات تحقیق در زمینه موضوع مورد پژوهش اندک است و تنها اثری که در این زمینه بر نویسندگان مکشوف است، بخشی از کتاب قدرت رویه قضایی<sup>۱</sup> از مایکل گرهارد (J. Gerhardt, 2008: 147-166)<sup>۲</sup> استاد حقوق اساسی دانشگاه کارولینای شمالی است که مقاله حاضر تلاش دارد با نگاهی متفاوت‌تر موضوع مورد نظر را مورد مذاقه قرار دهد.

بر این اساس، مقاله حاضر در پی پاسخگویی به این پرسش است که آیا رویه قضایی در

---

1. The Power of Precedent  
2. Michael J. Gerhardt

حقوق عمومی معاصر نسبت به ماقبل آن تغییری یافته است یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت است، این تغییر در چه قالب‌هایی صورت پذیرفته است؟ تبیین این موارد با بهره‌گیری از منابع حقوقی مربوط و تحولات حادث شده در حوزه حقوق عمومی و با رویکردی توصیفی-تحلیلی صورت خواهد پذیرفت. نکته شایان ذکر اینکه مطالب با استناد به عملکرد مراجع مختلف قضایی در حوزه حقوق عمومی تشریح خواهد شد و از آنجا که شرح همه نهادهای برجسته ذی‌ربط ممکن نخواهد بود، به مقتضای مطلب تمرکز بر شورای قانون اساسی و شورای دولتی فرانسه، دیوان عدالت اداری ایران، دیوان عالی ایالات متحده آمریکا، دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان بین‌المللی کیفری و دیوان بین‌المللی دادگستری خواهد بود.

## مفهوم و جایگاه رویه قضایی در حقوق عمومی

آنچه در بادی امر از رویه قضایی متبادر به ذهن می‌شود، عملکرد نهادها و مراجع قضایی در زمینه موضوعی است که واجد خصلت پیوستگی و ارتباط با موضوع مورد نظر است. این عملکرد در میان منابع حقوقی جایگاهی خاص دارد و در عداد منابع حقوقی قرار می‌گیرد.

### ۱. مفهوم رویه قضایی

رویه در لغت به طریقه و روش (عمید، ۱۳۸۹: ذیل واژه رویه)، اسلوب و دستور (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه رویه) تعریف شده است. بنابراین رویه قضایی را در لغت می‌توان به روش متداول مراجع قضایی در یک زمینه تعریف کرد. در اصطلاح حقوقی رویه قضایی به موردی اطلاق می‌شود که محاکم یا دسته‌ای از آنها در رابطه با مسئله‌ای، روش یکسانی در پیش گیرند و آرا در این زمینه چندین تکرار شود که بتوان گفت اگر محاکم با دعوای مزبور روبه‌رو شوند، همان تصمیم را خواهند گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۱). در این تعریف خصلت الزام‌آور بودن رویه قضایی مورد توجه قرار گرفته است. در واقع، رویه قضایی<sup>۱</sup>، تصمیمات پیشینی است که به‌مثابه الگوی تصمیمات آتی عمل می‌کنند و دانسته‌های گذشته را به‌منظور حل مشکلات حال و آینده به‌کار می‌گیرند (Mac Cormick, 1997: 17). به‌عبارتی، رویه قضایی تصمیمات پیشین است که به‌مثابه راهنمایی برای اقدام در حال حاضر به‌کار می‌رود (Duxbury, 2008: 1). در تعریفی دیگر رویه قضایی یا حقوق زنده به راه‌حلی تعریف شده است که دادگاه‌ها به‌طور معمول برای یک مسئله حقوقی پیدا می‌کنند (عباسی، ۱۳۹۳: ۴۷) که در آن نیز خصلت ارادی بودن ایجاد رویه قضایی تصریح شده است. ژان کاربونیه<sup>۲</sup> حقوقدان فرانسوی نیز رویه قضایی را همان عادت دادگاه‌ها می‌داند (عباسی، ۱۳۹۳: ۴۷).

1. Precedent- Jurisprudence.

2. J. Carbonier

## جایگاه رویه قضایی در بین منابع حقوق عمومی

رویه قضایی در منابع حقوق عمومی جایگاهی متفاوت و متمایزی دارد. پس از نگاهی به منابع حقوق عمومی، این موضوع بررسی می‌شود.

### ۱. منابع حقوق عمومی

منابع حقوق عمومی را قاعداً باید در منابع کلی که برای حقوق ذکر می‌شود، جست‌وجو کرد. منابع حقوقی را در چهار دسته: الف) قانون، ب) رویه قضایی، ج) عرف و د) دکترین بررسی و مطالعه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۲-۱۱۹؛ عباسی، ۱۳۹۳: ۱۶۰-۱۵۱). عمده حقوقدانان با ترتیب مذکور این منابع را ذکر کرده‌اند. برخی نیز با رویکردی جامعه‌شناختی، عرف را در صدر این منابع قرار داده‌اند (لوی برول، ۱۳۸۸: ۵۵-۵۴). در ذکر منابع حقوق عمومی نیز اغلب اولویت قانون بر عرف مورد تأیید حقوقدانان بوده است. البته باید دقت داشت که با عنایت به ماهیت حقوق عمومی و موضوع آن که حکمرانی و مسائل مربوط به آن است، منابع حقوق عمومی را نمی‌توان صرفاً محدود به موارد مذکور دانست و بر این اساس برخی حقوقدانان منابع حقوق عمومی را در دو دسته: الف) منابع فلسفی، سیاسی (تاریخ سیاسی - فلسفه سیاسی) و ب) منابع حقوقی (قانون، رویه قضایی، منابع رویه‌ای و آموزه‌های حقوقی) طبقه‌بندی و بررسی کرده‌اند (گرچی، ۱۳۹۳: ۷۴-۶۱).

### ۲. جایگاه رویه قضایی در منابع حقوق عمومی

در حقوق عمومی نیز تعریف مندرج در گفتار پیشین از رویه قضایی صادق است و این پدیده توسط مراجع و دادگاه‌های اساسی و اداری و مالی ایجاد می‌شود. در بین منابع حقوق عمومی، رویه قضایی جایگاهی ویژه و خاصی دارد. نکته‌ای که در زمینه جایگاه و نقش رویه قضایی در منابع حقوق عمومی شایان ذکر است، وضعیت رویه قضایی در بین منابع حقوق در نظام‌های حقوقی مختلف و در حوزه‌های مختلف حقوقی است. نظام حقوق نوشته به سردمداری فرانسه بر عدم شناسایی رویه قضایی به عنوان منبع حقوق استدلال می‌کند و در مقابل کامن‌لا بر نقش رویه قضایی به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق تأکید دارد (MacCormick, 1997: 117-118). این امر قاعده کلی نظام‌های حقوقی مزبور است (Garvey Algero, 2005: 783-792). اما به نظر می‌رسد که نقش رویه قضایی در نظام‌های حقوقی نوشته در حوزه حقوق عمومی به نظام کامن‌لا نزدیک‌تر می‌شود. نکته‌ای که رویه قضایی را در حقوق عمومی از سایر حوزه‌های حقوقی متمایز و متفاوت می‌سازد، افزایش قدرت تأثیرگذاری این منبع حقوقی و در نتیجه ارتقای جایگاه آن در میان سایر منابع است. در واقع رویه قضایی در حقوق عمومی که منابع رویه‌ای

نیز خوانده می‌شود، می‌تواند کلیت نظام حقوقی سیاسی کشور را دچار تحول مثبت یا منفی کند (گرجی، ۱۳۹۳: ۶۷). همین نقش و جایگاه تأثیرگذار رویه قضایی را در حقوق عمومی معاصر از سایر حوزه‌های حقوقی متمایز و متفاوت می‌سازد.

رویه قضایی در نظام‌های حقوقی نوشته و در حوزه‌های حقوقی به‌جز حقوق عمومی عهده‌دار ایجاد عملکردی مطابق هنجارهای قانونی در فرض سکوت، ابهام یا اجمال مواد قانونی بوده و است. اما در حقوق عمومی معاصر رویه قضایی نقشی فراتر می‌یابد. در حوزه هنجارها و قواعد، رویه قضایی گاه هنجارهایی جدیدی را که در متون قانونی ذکر نشده‌اند، ایجاد می‌کند و گاهی به تکمیل هنجارها در حوزه‌هایی که کاستی در متون قانونی مزبور وجود دارد، می‌پردازد. همچنین رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر با عنایت به صلاحیت‌های مقرر برای نهادهای ذی‌صلاح در این حوزه، به صیانت و حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص می‌پردازد که در سایر حوزه‌های حقوقی به‌ندرت مشاهده می‌شود. تأثیرگذاری رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر به‌نحوی است که برخی صاحب‌نظران از قضایی شدن حوزه‌های حقوق عمومی تحت تأثیر رویه قضایی نهادهای دادرسی اساسی و اداری سخن گفته‌اند (فاورو، ۱۳۸۵: ۲۸۰). همه این موارد که در مبحث آتی بررسی خواهد شد، نشان از جایگاه ویژه رویه قضایی در میان منابع حقوق عمومی دارد.

نکته دیگری که باید در این مبحث خاطر نشان ساخت، تفکیک رویه قضایی در عرصه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل است. حقوق عمومی داخلی دارای مراجع قضایی ایجادکننده رویه قضایی همانند دادرسی اساسی و اداری است و در حوزه حقوق بین‌الملل نیز این امر بر عهده مراجع قضایی بین‌المللی همانند دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان آمریکایی حقوق بشر و نهادهای مشابه است که با عنایت به غلبه دولت‌ها و حاکمیت‌ها در عرصه کنشگری نظام حقوق بین‌الملل، کارکرد آنها در حوزه حقوق عمومی با عنوان حقوق عمومی بین‌المللی<sup>۱</sup> (در برابر حقوق عمومی داخلی<sup>۲</sup>) قرار می‌گیرد. موضوعات و مصادیق مطرح شده در نوشتار حاضر به فراخور موضوع و موضوعیت یافتن آن در حوزه مزبور در هر دو بخش حقوق عمومی داخلی و حقوق عمومی بین‌المللی بررسی خواهد شد.

### ۳. جلوه‌های برجستگی رویه در حقوق عمومی معاصر

رویه قضایی ایجادشده در حقوق عمومی معاصر در حوزه‌های متعددی عملکرد برجسته و چشمگیری داشته است. منشأ این عملکرد را باید در تغییر و تحولات متعدد در عرصه‌های گوناگون حقوق عمومی معاصر به تاسی از تحولات صورت پذیرفته در عرصه‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی دنیای معاصر دانست.

1. International Public Law  
2. Domestic Public Law

### ۳.۱. نقش تأسیسی: ایجاد هنجارها و قواعد جدید

نخستین برجستگی رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر، نقش این پدیده در ایجاد هنجارها و قواعد جدیدی است که پیشتر از این در خصوص رویه قضایی به ویژه در نظام‌های حقوقی نوشته موضوعیت نداشته است. اینکه رویه قضایی بتواند به صورت مستقیم هنجارهایی را در نظام حقوق موضوعه وارد کند، کارکرد کاملاً جدیدی است که حقوق عمومی معاصر برای رویه قضایی به رسمیت شناخته است. این امر اغلب از طریق ابزار «اساسی‌سازی» صورت پذیرفته است. اساسی‌سازی به معنای وارد ساختن برخی هنجارها و قواعد در عداد اصول قانون اساسی یا اعطای ارزشی برابر با اصول قانون اساسی به هنجارهای مزبور است (گرجی، ۱۳۹۳: ۵۷).

### ۳.۲. رویه قضایی و ایجاد هنجار: تحول قاعده‌سازی در نظام حقوق عمومی

چنانکه بیان شد رویه قضایی به تازگی نقش تأسیسی در زمینه ایجاد هنجارها و قاعده‌سازی در حقوق عمومی معاصر عهده‌دار شده است. شایان ذکر است قاعده‌سازی و ایجاد هنجار در نظام‌های حقوقی به ویژه نظام حقوق نوشته بنابر اصل کلاسیک تفکیک قوا صرفاً در اختیار قوه مقننه تلقی می‌شد و تخطی از حدود صلاحیت قوه قانونگذار در این زمینه از سوی قوا و نهادهای دیگر پذیرفته نبود. با گذشت زمان و وقوع تحولات عدیده در حوزه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی، پیچیدگی امور عمومی و اداره آنها از برجسته‌ترین خصایص جوامع معاصر تلقی می‌شود. این امر موجب وقوع برخی تعدیلات در نحوه نگرش به ساماندهی ساختار حکومت و اداره امور عمومی شده و اصل تفکیک قوا نیز مصون از این امر نبوده است. بدین صورت که در زمینه اصل مزبور، مشارکت دیگر قوا در امر قانونگذاری با قوه مقننه امروزه قابل قبول است و در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر این امر پیش‌بینی و مقرر شده است. اما این امر ابتدای بحث است و در موارد مذکور، مجوز قانون اساسی پشتیبان این امور بوده است. اما در زمینه رویه قضایی، مقنن اساسی صلاحیتی در زمینه تأسیس هنجارها مقرر نداشته است. در این زمینه نکته مهم تحول در منابع و شیوه‌های آفرینش هنجارهای حقوقی و قاعده‌سازی در نظام‌های حقوقی معاصر است (گرجی، ۱۳۹۳: پاورقی، ۴-۳) که به استقرار صلاحیت ایجاد هنجار برای رویه قضایی منجر شده است. امری که مورد تأکید پوزیتیویست‌های تاریخی - اجتماعی همانند ساوینی است که منشأ ایجاد قواعد حقوقی را الزامات اجتماعی گروه دانسته و در قوالب ایجاد هنجارها، نقش رویه قضایی را برجسته‌تر می‌دانند (رحمتی‌فر، ۱۳۹۴: ۱۹۵-۱۹۳). در حقوق عمومی سیستم کامن‌لا این کارکرد برای نهادهای قضایی ذی‌صلاح در این حوزه مشابه حقوق خصوصی است و رویه قضایی نقش تأسیسی در موضوعاتی که هنجاری وجود ندارد یا واجد ابهام در حوزه مزبور است و عملکرد

مرجع قضایی با ابزار تفسیر به ایجاد هنجار جدید می‌انجامد، داراست ( Elliott & Thomas, 2017: 42, 47-48; Barnett, 2010: 9; Kozel, 2013: 850)، به‌نحوی که برای نمونه بیان شده است دیوان عالی ایالات متحده به‌عنوان نوعی قانونگذار برتر (البته با صلاحیت محدود) در حقوق اساسی این کشور عمل می‌کند (Leitr, 2015: 1601). این نقش تأسیسی در سه قالب الف) ایجاد رویه، ب) اعلام مغایرت قانونی یا خلاف قانون اساسی بودن قوانین مصوب لازم‌الاجرا و ج) صدور قواعد دادگاه (آرای وحدت و ایجاد رویه و امثالهم) تحقق می‌یابد (Pizzorusso, 1988: 55). اما در نظام‌های حقوقی نوشته با توجه به نقش کمتر رویه قضایی در منابع حقوقی به نسبت کامن‌لا، نقش رویه قضایی در ایجاد و تأسیس هنجارها، عملکرد جدیدی است که موضوعیت یافته است.

در نظام حقوق بین‌الملل نقش رویه قضایی به‌سبب الهام اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از یافته‌های نظام حقوق نوشته، برجسته نیست و صرفاً یکی از منابع فرعی برای استنباط الزامات حقوقی محسوب شده است (رنجبریان، ۱۳۹۴: ۲۵). اما تحول در حقوق بین‌الملل مدرن این نقش حاشیه‌ای رویه قضایی را بسیار برجسته ساخته است. تحول و پویایی در حقوق بین‌الملل بیانگر آن است که حقوق را قاضی بین‌المللی به زبان می‌آورد و اوست که در مسیر قاعده‌سازی سیر می‌کند؛ حقوق بین‌الملل کیفری از آن جمله است. نگاهی به گزاره‌ها و رهیافت‌های طرح‌شده در آرای صادره از محاکم کیفری بین‌المللی، به‌ویژه دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و محکمه ویژه لبنان، مبین آن است که قضات بین‌المللی در مواجهه با خلأها و کاستی‌های نظام استنادی و حقوق صلاحیت‌دهنده به خود، در جبران آن کاستی‌ها و در راستای اجرا و تحقق قواعدی همچون حمایت از ذات انسانی، جبران خسارت قربانیان نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و مواجهه با بی‌کیفرمانی، به‌نوعی قاعده‌سازی و ایجاد اعتبار برای رویه‌های سابق روی آورده‌اند (رنجبریان، ۱۳۹۴: ۲۵).

### ۳.۲.۱. مصادیق

اقدامات شورای قانون اساسی فرانسه<sup>۱</sup> در ایجاد برخی هنجارهای نو از طریق اساسی‌سازی برخی حقوق و آزادی‌های افراد نمونه‌ای بارز در این زمینه است. باید گفت که این شورا که مقام ذی‌صلاح مطابقت قوانین عادی و سازمان‌دهنده با هنجارهای اساسی در نظام حقوقی فرانسه است، هنجارهای اساسی را که قوانین مزبور باید با آنها انطباق داشته باشند، صرفاً محدود به ۸۹ اصل قانون اساسی ۱۹۵۸ نمی‌داند، بلکه دیباچه قوانین اساسی ۱۹۵۸ و ۱۹۴۶ و اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و همچنین اهداف دارای ارزش قانون اساسی<sup>۲</sup> همانند «حفظ نظم

1. Le Conseil Constitutionnel

۲. دسته‌ای از ارزش‌ها که اخیراً آشکار شده‌اند و چندان تعریف‌شده و حدودمرزبندی شده نیز نیستند. به این

عمومی» و «حقوق و آزادی دیگران» را در زمرهٔ هنجارهای مرجع و اساسی به‌شمار می‌آورد (هامون، فرانسیس و واینر، سلین، ۱۳۸۳: ۱۱۱-۱۰۸). این شورا در رأی ۲۷ دسامبر ۱۹۷۳، اعلامیهٔ حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ را مورد اساسی‌سازی قرار داده و اصول مندرج در آن را دارای ارزش معادل قانون اساسی می‌شناسد. این مسئله به‌دلیل مرجع و هنجار اساسی شناختن دیباچهٔ قانون اساسی ۱۹۵۸ صورت می‌پذیرد (گرچی، ۱۳۸۸: ۳۸۸). بند ۱ این دیباچه مقرر می‌دارد: «ملت فرانسه وابستگی خود را به حقوق بشر و اصول حاکمیت ملی، آنچنان‌که در اعلامیهٔ حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ تبیین شده و توسط مقدمهٔ قانون اساسی ۱۹۴۶ تأیید و تکمیل شده است، اعلام می‌دارد. همچنین ملت فرانسه وابستگی خود را به حقوق و تکالیف مندرج در اعلامیهٔ محیط زیست ۲۰۰۴ بیان می‌دارد». با پذیرش این دیباچه و اصول مقرر در آن به‌عنوان هنجارهایی اساسی که قوانین عادی و سازمان‌دهنده باید با آنها تطبیق یابند، با ارجاعی که به اعلامیهٔ حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و دیباچهٔ قانون اساسی ۱۹۴۶ در آن صورت پذیرفته است، دو سند مزبور نیز در شمار مجموعه هنجارهای اساسی قرار گرفته‌اند.

این اساسی‌سازی صرفاً مستند به این ارجاع نیست، بلکه شورای قانون اساسی فرانسه در موارد متعددی به اسناد مذکور استناد جسته است. برای نمونه در رأی ۱۶ ژوئیهٔ ۱۹۷۱ مقررات تقنینی مخالف با آزادی تشکل را با استناد به ارزشی معادل قانون اساسی داشتن دیباچهٔ قانون اساسی ۱۹۴۶ مغایر قانون اساسی تشخیص می‌دهد و در تصمیم ۱۹ ژوئن ۱۹۷۰ دیباچهٔ قانون اساسی ۱۹۵۸ را به‌صورت ضمنی واجد اهمیت هنجار اساسی اعلام می‌دارد (گرچی، ۱۳۸۸: ۳۸۹؛ فاورو، ۱۳۸۸: ۲۰۸). بدین ترتیب این نهاد با رویهٔ خویش مبنی بر شناسایی و خلق قواعد و هنجارهای جدید، حقوق اساسی را وارد مرحله‌ای جدید از حیات خویش در حوزهٔ منابع و هنجارها کرده است. این مسئله بی‌شک مطابق با اصول و ساختارهای پیشین در زمینهٔ مرجع صالح برای وضع هنجارها که صرفاً پارلمان دانسته می‌شد، و اصل تفکیک قوا نیست، اما بی‌شک حقوق از تغییر و تحولات مستغنی نیست و به تأسی از تحولات اجتماعی، قواعد حقوقی نیز تغییر می‌یابند. نکتهٔ دیگری که باید خاطر نشان کرد این است که فرایند اساسی‌سازی اگرچه عمدتاً معطوف به حقوق و آزادی‌های بنیادین بوده است، منحصر و محدود به آن نیست. اساسی‌سازی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و اعطای ارزشی معادل اصول قانون اساسی

---

ارزش‌ها برای توجیه محدودیت‌های وارد بر حقی که توسط قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است، استناد می‌شود. برای مثال حفظ نظم عمومی که محدودیت‌های وارده بر حق اعتصاب را مجاز می‌شمارد (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۱۰-۱۰۹؛ بایرون، ۱۳۸۵: ۲۱۷-۲۱۶).

۱. شامل حقوقی همانند آزادی، برابری، مالکیت، امنیت، پایداری در برابر ستم، حق دادخواهی و ... .
۲. شامل حقوقی همانند برابری زن و مرد، حق پناهندگی، حق داشتن شغل، حق عضویت در سندیکا و داشتن منافع شغلی، حق اعتصاب، حق دستیابی برابر به آموزش و فرهنگ و ... .



به آن توسط شورای نگهبان (گرجی، ۱۳۹۳: ۵۷) در نظام حقوقی ایران نمونه بارز این موضوع است. این کارکرد در خصوص دیوان عدالت اداری به عنوان دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران در ارتباط با اصل مصرف وجوه عمومی در محل پیش‌بینی شده مورد توجه قرار گرفته است (فاطمی، ۱۳۹۱: ۱۰۱).

## نقش تکمیلی: تکمیل قواعد و هنجارها

ویژگی دیگری که رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر از آن برخوردار است، ایفای نقش در تکمیل قواعد و هنجارها در مجموعه قواعد و هنجارهای حقوقی است که خصلت رویه‌ای حقوق عمومی را در دوران معاصر برجسته‌تر ساخته است.

### ۱. رویه قضایی و تکمیل خلائهای هنجاری

با عنایت به اینکه در گفتار پیشین بیان شد که نقش رویه قضایی در ایجاد و آفرینش هنجارها و قواعد حقوقی در حقوق عمومی معاصر پذیرفته شده است، شناسایی نقش تکمیل هنجار و قواعد حقوقی برای رویه قضایی به طریق اولی قابل قبول خواهد بود، البته در نظام‌های حقوقی معاصر پذیرفته شده است. در بحث از مفهوم رویه قضایی در میحث نخست این فصل بیان شد که رویه قضایی رویکرد متداول مراجع قضایی در موارد سکوت، ابهام و اجمال قانون است و خلائهای قانونی را در موارد مربوط تکمیل می‌کند. اشاره به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران در این زمینه مفید خواهد بود. مطابق این اصل: «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 به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». هدف از استقرار این اصل، لزوم تعیین تکلیف و حل و فصل دعاوی مطرح در مراجع قضایی است و اختیار ناشی از این هدف، تکمیل هنجارها توسط قاضی مربوط است. هر چند مقنن اساسی در این اصل، صرفاً منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر را قابل استفاده در صورت نبود حکم در قوانین موضوعه بیان می‌دارد، اما همین مسئله نیز صلاحیت تکمیل هنجارها و قواعد حقوقی را برای دادرسی مقرر می‌سازد. رویه قضایی در حقوق عمومی نیز از این امر مستثنا نبوده است و در حوزه‌های متعدد حقوق عمومی که هنجار و قاعده‌ای حاکم نیست یا نقص و کاستی‌ای دارد، رویه قضایی آن را تکمیل می‌کند. در واقع، پیش‌بینی حوادث و از این رو تمامی جزئیات در قوانین مصوب برای قانونگذار ممکن نیست و رویه قضایی در بسیاری از موارد ناچار از این است که با عنایت به اصول کلی حقوقی و موازین حاکم بر قوانین حاکم در خصوص موضوعی، خلأ موجود در آن زمینه را حل و فصل کند.

## مصادیق

در این زمینه می‌توان به شورای دولتی فرانسه<sup>۱</sup> و نقش این نهاد در تکمیل قواعد و هنجارهای حقوقی در نظام حقوقی این کشور اشاره کرد. نقش شورای دولتی فرانسه و قضات دادگاه‌های اداری این کشور در ایجاد اصولی همچون برابری شهروندان نزد مقامات عمومی (برابری جنسیتی، برابری در دسترسی به مشاغل عمومی، برابری در مقابل هزینه‌های عمومی و ...)، اختیار اعتراض به قانونی بودن هر عمل اداری در برابر دادگاه، عطف به ماسبق نشدن اعمال اداری، اصل آزادی تجارت و صنعت، ممنوعیت اخراج کارکنان در حالت بارداری که در صورت فقدان متون قانونی به اداره تحمیل می‌شوند (گرچی، ۱۳۹۳: ۱۸۷)، نمونه بارزی از این موضوع است. برای مثال این شورا در سال ۱۹۸۲ با استناد به اصل برابری، ماده ۷ قانون ۲۴ مه ۱۸۲۵ در خصوص جواز و تأسیس قانونی هیأت‌ها و جمعیت‌های مذهبی زنان را که مقررات آن نسبت به زنان مذهبی سخت‌گیرتر از مقررات راجع به مردان مذهبی بود، منسوخ اعلام کرد (فاورو، ۱۳۸۸: ۲۷۹-۲۷۸) یا می‌توان به رأی مورخ ۲۷ مه ۱۹۹۲ این شورا اشاره کرد که یک فرمان به استناد مخالفت با اصل بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری (اصل در خصوص استقلال استادان دانشگاه) ابطال شد (فاورو، ۱۳۸۸: ۲۷۸). رویه قضایی ایجاد شده توسط این نهاد در نظام حقوقی فرانسه و در حوزه حقوق اداری در راستای تکمیل قواعد و هنجارها مثال‌زدنی است. در واقع در حقوق فرانسه سرچشمه بسیاری از قواعد حقوق اداری را باید در رویه‌ها و ابتکارهای دادگاه‌های اداری و به خصوص شورای دولتی جست‌وجو کرد (گرچی، ۱۳۹۳: ۱۸۵).

این کارکرد رویه قضایی در نظام حقوق عمومی ایران را شاید بتوان در برخی آرای صادره از دیوان عدالت اداری مشاهده کرد. برای نمونه دادنامه شماره ۲۷۳ مورخ ۱۳۹۵/۶/۳ مبنی بر ابطال ماده ۱۳ و بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ پیوست شماره یک آیین‌نامه ارتقای مرتبه اعضای هیأت علمی مصوب ۱/۶/۱۳۹۰ وزیر وقت علوم، تحقیقات و فناوری مثال مناسبی در این مورد است. یکی از موضوعاتی که در رای دادنامه مورد شکایت خواهان‌ها قرار می‌گیرد، رسیدگی به تقاضای تجدیدنظر در مرجع بدوی رسیدگی کننده است که دیوان در این خصوص چنین مبادرت به صدور رأی می‌کند: «... ج- نظر به اصول حاکم بر دادرسی‌های مدنی- کیفری و اداری در باب لزوم رسیدگی به اعتراض به آراء و تصمیمات متخذه در مرحله بدوی در مرجع تجدیدنظر، ماده ۱۳ و بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ آیین‌نامه مورد اعتراض که به موجب آنها اعتراض به تصمیمات هیأت ممیزه در ظرف مهلت‌های مقرر قابل طرح در همان هیأت اعلام شده است ... ابطال می‌شود».

اصول حاکم بر دادرسی‌های مدنی و کیفری و اداری در هیچ‌کدام از متون قانونی به‌صراحت بیان نشده‌اند، بلکه مواد پراکنده‌ای در این زمینه مقرر شده است. در آیین‌نامه مذکور نیز لزوم رسیدگی به

1. Le Conseil d'État

اعتراض از تصمیمات اتخاذ شده در مرحله بدوی در مرجع تجدیدنظر مقرر نشده است، بلکه دیوان با عنایت به اصول کلی حقوقی در این زمینه و موازین حاکم بر نظام حقوقی و قضایی کشور و رویکرد و جهت گیری مقنن در این زمینه و همچنین تأمین دادرسی مطلوب و عادلانه، به تکمیل خلأ هنجاری در این زمینه پرداخته است و رسیدگی به اعتراض و تجدیدنظرخواهی از آرای صادره در هیأت‌های بدوی در همان هیأت را خلاف این اصول دانسته است که می‌تواند نمونه‌ای از کارکرد تکمیل هنجار رویه قضایی دادرسی در نظام حقوقی ایران دانست.

## ۲. نقش حمایتی: حمایت از حقوق و آزادی‌ها

کارکرد مهم دیگری که رویه در حقوق عمومی معاصر از آن برخوردار است، حمایت و صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص است که به‌نحو اساسی خصلت رویه‌ای حقوق عمومی معاصر را در این حوزه برجسته و مورد توجه ساخته است. علاوه بر وظیفه حل و فصل اختلافات و دعاوی که برای مراجع قضایی مقرر شده، حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندان یکی از مهم‌ترین وظایف و اختیارات این نهادهاست. نمونه این امر را می‌توان در اصل ۶۶ قانون اساسی فرانسه مشاهده کرد. این اصل قوه قضاییه را «حافظ آزادی افراد» بیان می‌کند. اصل ۱۵۶ قانون اساسی ایران در بیانی بهتر و جامع‌تر قوه قضاییه را «پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت» مقرر می‌سازد و «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» را از وظایف این قوه برمی‌شمارد. البته این تصریح در خصوص مراجع قضایی حقوق عمومی بین‌المللی مشهود نیست. این کارکرد رویه قضایی در حقوق عمومی برجستگی بیشتری یافته است.

## حمایت رویه قضایی از حقوق و آزادی‌ها در حقوق عمومی بین‌المللی

در مبحث حاضر برجستگی رویه قضایی در حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص در رویه برخی مراجع قضایی بین‌المللی در حوزه حقوق عمومی بین‌المللی بررسی خواهد شد.

### ۱. دادگاه اروپایی حقوق بشر

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مصوب ۱۹۵۰ سند مؤسس دادگاه اروپایی حقوق بشر<sup>۱</sup> محسوب می‌شود. مطابق این کنوانسیون، برای نخستین بار نهادی قضایی برای اجرا و کنترل معاهده حقوق بشری بین‌المللی استقرار یافت (قاری سید فاطمی، ۱۳۷۹: ۱۳۰). نکته مهم و اساسی در

1. European Court of Human Rights

زمینه این نهاد، حق شکایات افراد و سازمان‌های غیردولتی علاوه بر دولت‌ها، از دولت‌های عضو مطابق ماده ۳۴ این کنوانسیون است که اقدامی بی‌نظیر در ارتقای ارزش بین‌المللی افراد (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۸: ۲۸۸) و همچنین اتفافی نو و گامی روبه‌جلو در احقاق حقوق افراد و کاستن از اقتدار مطلق حاکمیت کشورها با عنایت به حاکمیت مقتدرانه دولت-کشورها در عرصه بین‌المللی محسوب می‌شود. هرچند این دیوان عنوان اروپایی را با خود حمل می‌کند، محدوده جغرافیایی کشورهای عضو آن از اروپا فراتر رفته و از زمان تأسیس افزایش چهار برابری اعضا را شاهد بوده است. رویه و عملکرد این نهاد نیز آن را به الگویی برجسته در بین نهادهای حافظ حقوق و آزادی‌های شهروندان مبدل ساخته است. دیوان در آرای خود بارها بر وجود احزاب و نقش آنها در تحقق دموکراسی تأکید کرده و وجود احزاب را حاکی از وجود کثرت‌گرایی در یک دولت دموکراتیک دانسته است (ECHR: 2002: para: 32-46). منع دولت‌ها از اخراج پناه‌جویان در معرض خطر شکنجه و رفتارهای غیرانسانی و توهین‌آمیز<sup>۱</sup>، نقض حق بر حریم خصوصی از طریق شنود مکالمات تلفنی مظنونان به قاچاق مواد مخدر و بی‌اعتباری یافته‌ها و ادله حاصل از شنود غیرقانونی (ECHR: 2015: para: 130) و تعهد به پرداخت غرامت در صورت بازداشت خودسرانه مظنونان به ارتکاب جنایت بین‌المللی دزدی دریایی<sup>۲</sup> از دیگر یافته‌های دیوان در حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی است.

## ۲. دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۳</sup> رکن قضایی اصلی سازمان ملل متحد است. خواهان در این دیوان صرفاً کشورها هستند.<sup>۴</sup> این امر در ابتدا نقش بی‌تأثیر افراد و حق‌ها و آزادی‌های فردی را متبادر به ذهن می‌سازد. اما رویه و عملکرد این دیوان خلاف این را نمایان می‌سازد و همین مسئله نیز برجستگی نهاد مزبور در حمایت و صیانت از حقوق و آزادی‌های بشری و تحدید قدرت دولت‌ها را نشان می‌دهد.

این نهاد با رویکردی که در طول حیات خویش نسبت به موضوعات حقوق بشری و حفاظت و حمایت از حقوق بنیادین بشر اتخاذ کرده است (جلالی، ۱۳۸۲: ۵۱-۴۵، ۳۶-۳۵)، در برجسته‌تر شدن جایگاه فرد و حقوق و آزادی‌های وی در حقوق عمومی و به‌طور کلی نظام

1. See: ECHR, Case of A.A. v. France and A.F. v. France application no. 80086/13, application no. 18039/11, 15.01.2015.

2. ECHR, cases of Ali Samatar and Others v. France and Hassan and Others v. France, applications nos. 17110/10 and 17301/10, applications nos. 46695/10 and 54588/10, 04.12.2014.

3. International Court of Justice

۴. با وجود بند ۱ ماده ۳۴ مبنی بر صلاحیت کشورها در رجوع به این دیوان اشخاص می‌توانند با توسل به اصل حمایت دیپلماتیک از کشور متبوع خود، تقاضای رسیدگی در دیوان کنند.

حقوقی، نقشی مهم و اساسی ایفا نکرده است. هرچند برای افراد در این دیوان صلاحیتی قابل تصور نیست، رویکرد انسانی و حق محور این نهاد به موضوعاتی همانند حقوق بشردوستانه، حق تعیین سرنوشت و حقوق بشر از خلال آرای آن مشهود است. در این زمینه می توان به قضیه بارسلونا تراکشن<sup>۱</sup> به عنوان اعلام حمایت بین المللی از حقوق اساسی شخص انسان؛ قضیه گروگانگیری پرسنل دیپلماتیک ایالات متحده آمریکا در تهران به عنوان محکومیت سلب آزادی و توقیف غیرقانونی؛ قضیه دیالو<sup>۲</sup> به عنوان محکومیت اخراج و بازداشت خودسرانه؛ قضیه دیوار حائل به عنوان اعمال محدودیت های غیرقانونی بر آزادی های فلسطینی ها اشاره کرد.

**نخست)** قضیه بارسلونا تراکشن: در این رأی، دیوان با تفکیک اساسی بین تعهدات دولت ها در قبال جامعه بین المللی در کل<sup>۳</sup> و تعهدات دولت ها نسبت به یکدیگر در چارچوب حمایت سیاسی تعهدات دسته اول را به لحاظ اهمیتشان به همه دولت ها مربوط می داند. نظر به اهمیت این حقوق، کلیه دولت ها می توانند برای حفظ آنها دارای منفعت حقوقی باشند. چنین تعهداتی را تعهدات فراگیر (عام الشمول) می گویند. برای مثال، این تعهدات در حقوق بین الملل معاصر، از اصل ممنوعیت تجاوز، ممنوعیت کشتار جمعی و همچنین از اصول و قواعد مربوط به حمایت از حقوق اساسی بشر از جمله حمایت در برابر بردگی و تبعیض نژادی ناشی شده است. برخی از حقوق حمایتی مربوط وارد مجموعه حقوق بین الملل عام شده اند (رأی مربوط به حق شرط به کنوانسیون منع و مجازات کشتار جمعی) و بخش دیگر توسط اسناد بین المللی دارای خصیصه جهانی یا شبه جهانی شده اند (ICJ: 1970: para. 33-34).

**دوم)** قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی آمریکا در تهران: دیوان در این رأی ضمن تأکید بر نقض قواعد بین المللی ناظر بر حقوق دیپلماتیک و کنسولی بر این باور است که محرومیت افراد از آزادی هایشان و قرار دادن آنان در شرایط سخت فیزیکی و توقیف غیرقانونی به خودی خود مغایر با اصول منشور ملل متحد و اصول اساسی مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر است. افزون بر این دولت میزبان متعهد بوده است که تمامی تدابیر مقتضی را برای حفظ کرامت و شئون شغلی و شخصی مأموران دیپلماتیک و ممانعت از وارد آمدن لطمه به اشخاص، حیثیت و آزادی آنان اتخاذ کند (ICJ: 1980: para. 62-91).

**سوم)** قضیه دیالو: دیوان معتقد است در راستای اجرای مقررات ماده ۱۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۴ ماده ۱۲ منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق ها، اخراج قانونی یک بیگانه از سرزمین دولتی که عضو اسناد مزبور است، باید براساس حقوق داخلی قابل اعمال در این خصوص صورت پذیرد که خود باید منطبق با سایر ملزومات میثاق و منشور آفریقایی

1. Barcelona Traction

2. Diallo

3. International community as a whole

بوده و نباید ویژگی خودسرانه داشته باشد. دیوان متذکر می‌شود که این تفسیر از سوی رویه کمیته حقوق بشر که توسط میثاق استقرار یافته، به‌طور کامل تأیید شده و همچنین به‌وسیله رویه قضایی کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها تأیید شده است. دیوان بر این اعتقاد است که حکم اخراج ۳۱ اکتبر ۱۹۹۵ به دو دلیل منطبق با حقوق کشور کنگو نیست: ۱. در این مورد، مشورتی با هیأت ملی مهاجرت انجام نگرفته است. درحالی‌که براساس ماده ۱۶ فرمان مجلس مورخ ۱۲ سپتامبر ۱۹۸۳ در خصوص کنترل مهاجرت، اخذ نظر هیأت مزبور ضروری است؛ ۲. دلیلی در خصوص اخراج دیالو ارائه نشده بود که مطابق ماده ۱۵ همان مقرر، لازم و ضروری است. بر همین اساس، اخراج دیالو مطابق با قانون داخلی کنگو نبوده و ماده ۱۳ میثاق و بند ۴ ماده ۱۲ منشور آفریقایی را نیز نقض کرده است. به‌علاوه، دیوان بر این نظر است که گینه به‌عنوان دولت خواهان ادعای برحق در این خصوص دارد که حق مندرج در ماده ۱۳ میثاق در مورد دیالو رعایت نشده است. براساس این ماده، بیگانه‌ای که موضوع اقدام اخراج قرار می‌گیرد، حق دارد از دلایل این اخراج مطلع شود و همین‌طور پرونده وی توسط مقام صالح بازبینی شود. کنگو نیز نتوانسته دلایل قانع‌کننده‌ای را در خصوص امنیت ملی خویش در قبال اخراج دیالو به اثبات برساند که براساس آن، استتکاف از حقوق مندرج در ماده ۱۳ میثاق توجیه‌پذیر باشد (ر.ک: عبداللهی و حسنخانی، ۱۳۹۳). دیوان بدین نتیجه می‌رسد که براساس دلایل گفته‌شده، در خصوص شرایط مرتبط با اخراج دیالو، ماده ۱۳ میثاق نقض شده است (ICJ: 2010: para: 56-74).

**چهارم) قضیه آثار احداث دیوار حائل: دیوان در ارزیابی ساخت دیوار حائل از منظر حقوق بین‌الملل بشر و آثار و تبعات آن برای حقوق بشر مردم فلسطین به برخی از مواد میثاق استناد می‌کند. از جمله اینکه احداث دیوار حائل محدودیت‌های زیادی را برای آزادی تردد فلسطینی‌ها، آزادی دسترسی آنان به اماکن مقدس، دسترسی مردم فلسطین به خدمات بهداشتی، مؤسسات آموزشی، تأمین منابع آب، حق کار، حق حمایت و کمک به خانواده و فرزندان، حق برخورداری از سطح مناسب زندگی، حق بهداشت و حق بر آموزش را نقض کرده است (ICJ: 2004: para: 113, 129, 133).**

### حمایت رویه قضایی از حقوق و آزادی‌ها در حقوق عمومی داخلی

عملکرد دیوان عالی ایالات متحده آمریکا و دیوان عدالت اداری ایران موضوع بحث خواهد بود.

#### الف) دیوان عالی ایالات متحده آمریکا

در این زمینه می‌توان به دیوان عالی ایالات متحده آمریکا اشاره کرد که مطابق نظام قضایی

غیرمتمركز در انطباق قوانین با هنجارهای اساسی، نقش دادرسی را در نظام حقوقی ایالات متحده ایفا می‌کند. این نقش به‌ویژه از آن جهت اهمیت می‌یابد که رویه قضایی در نظام حقوقی کشورهای انگلوساکسون اهمیت بسیاری زیادی به نسبت کشورهای حقوق‌نویس داشته دارد. نقش این نهاد و رویه قضایی برآمده از آن در حوزه حقوق اساسی به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم چشمگیر و برجسته بوده است. چنانکه این دیوان گاهی با تفاسیر خود نظم جاری را حفظ کرده و گاهی با تفاسیری متفاوت خلاف وضعیت موجود عمل کرده است که این اعمال آثار مهم سیاسی نیز داشته است (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۲۷-۱۲۶).

این دیوان در رویه متداول خود در پشتیبانی و حمایت از حقوقی همانند آزادی‌های مدنی در زمینه‌های عقیده و بیان، تضمینات کیفری، حق حیات و سقط جنین و پشتیبانی از برابری توسط قوانین در حوزه‌های برابری نژادی، محکومیت تبعیض نژادی و برابری سیاسی، عملکرد درخشان و اثربخشی داشته است. برای نمونه دیوان در حوزه آزادی بیان، این آزادی را تقریباً بدون محدودیت می‌داند، به نحوی که حتی شامل مواردی چون حق توهین به مقامات عمومی و انتشار اسناد دولتی نیز می‌شود (فرومن، ۱۳۸۳: ۲۱۲-۲۰۱). یا حوزه حریم خصوصی که این دیوان آن را شامل سه بخش الف) حق شخص بر آزاد بودن در امور شخصی از نظارت و دخالت دولت، ب) حق شخص بر عدم افشای مسائل خصوصی و ج) استقلال در تصمیم‌گیری در مسائل مهم همانند ازدواج، مسائل جنسی، تولد، پیشگیری از بارداری، سقط جنین، روابط خانوادگی، تربیت کودک و آموزش می‌داند که مطابق اصلاحیه‌های نخست، چهارم و چهاردهم قانون اساسی برای اشخاص تضمین شده‌اند و دولت حق دخالت در آنها را ندارد (G. Dimitrakopoulos, 2007: 331-332). این دیوان همچنین در پرونده تکزاس علیه جانسون<sup>۱</sup>، در خصوص حق بر آزادی بیان مقرر می‌دارد که دولت مجاز نیست هر نوع سخنرانی را مخرب برای صلح قلمداد کرده و آن را ممنوع کند (Dimitrakopoulos, 2007: 576) و در ادامه در پرونده ویرجینیا علیه بلک<sup>۲</sup> بیان می‌دارد که اصلاحیه نخست قانون اساسی صرفاً مجوز جلوگیری از تهدیدات واقعی به خشونت<sup>۳</sup> را به دولت می‌دهد و تهدید واقعی در زمینه آزادی بیان، شامل اظهاراتی می‌شود که سخنران قصد ایراد سخنانی جدی با هدف ارتکاب عملی خشونت‌آمیز غیرقانونی نسبت به افراد یا گروه‌های خاصی را دارد (Dimitrakopoulos, 2007: 582). یا این نهاد، آزادی اجتماع را هرچند در قانون اساسی تصریح نشده، حقی واجد ارزش قانون اساسی می‌داند که به‌طور ضمنی مندرج در اصلاحیه نخست قانون اساسی است و دولت را صرفاً در مواردی همچون امنیت ملی و ارتقای برابری اجتماعی آن‌هم در صورتی که دلایل موجه قوی

1. Texas v. Johnson

2. Virginia v. Black

3. True threats of violence

داشته باشد، مجاز به تحدید این حق می‌داند (Stoehans & Scheb, 2008: 159). بدین ترتیب، نهاد مذکور با رویه خویش نقش مهمی در منظومه حقوق اساسی ایالات متحده آمریکا و به‌ویژه در راستای حمایت و صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندی ایفا می‌کند.

### ب) دیوان عدالت اداری

نمونه دیگر در این زمینه دیوان عدالت اداری است که مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی به‌منظور رسیدگی به شکایات شهروندان از اقدامات دولت و احقاق حقوق آنها تأسیس شده است. هدف خبرگان در اصل ۱۷۳ قانون اساسی حمایت از حقوق مردم در مقابل اداره بوده است (آقایی طوق، ۱۳۸۷: ۵۸). در واقع این نهاد، صرفاً یک نهاد حق- شهروندمحور به لحاظ هدف تأسیس آن که پاسداری از حقوق و آزادی‌های شهروندان در برابر اقدامات و تصمیمات دولت و مأموران دولتی است، محسوب می‌شود که در طول حیات خود عملکرد بسیار مطلوبی در زمینه حراست و حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندی در برابر دست‌اندازی‌های قدرت و دولت به نمایش گذاشته است (گرگی و رضایی، ۱۳۹۲).

رای شماره ۱۷۲ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبه شورای تأمین شهرستان شیراز، به استناد سلب حقوق مالکانه اشخاص و تضییع حقوق مکتسبه آنان مستند به اصل ۴۷ مبنی بر مشروع بودن مالکیت شخصی موضوع رای شماره ۸۵۱ مورخ ۱۳۹۴/۷/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛ ابطال بخشنامه سرپرست امور نظام‌های جبرانی معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور به دلیل منتفی ساختن حق کارکنان در بررسی پرونده‌های افراد در اجرای طرح مسیر ارتقای شغلی در هیأت‌های ممیزه برای پرداخت فوق‌العاده ویژه موضوع رای شماره ۲۰۱ مورخ ۱۳۹۰/۵/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛ ابطال مصوبه سازمان تأمین اجتماعی دال بر ترجیح مدارک دانشگاهی دانشگاه‌های دولتی بر دانشگاه آزاد به استناد لزوم رفع تبعیض ناروا و مغایرت با بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی؛ ابطال دستورالعمل جذب و پذیرش نیروی انسانی در صنعت نفت موضوع رای شماره ۳۲۶ مورخ ۱۳۸۶/۵/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛ ابطال مصوبه سازمان تأمین اجتماعی در صورت عدم مغایرت با هدف و حکم مقنن و مستخدم رسمی دانستن کارکنان آزمایشی در صورت عدم اظهارنظر گزینش در موعد قانونی موضوع رای شماره ۳۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صرفاً نمونه‌هایی از عملکرد و رویه این نهاد در حمایت و حفاظت از حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد است. برای نمونه رای صادره در خصوص مورد نخست از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بدین صورت است که نشان از برجسته بودن جایگاه دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران و نقش آن در حمایت از حقوق شهروندان دارد. مطابق این رای: «... به موجب اصل ۴۷ قانون اساسی، مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است و مطابق



ماده ۳۰ قانون مدنی، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. نظر به اینکه بند ۱ مصوبه مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرستان شیراز مبنی بر ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های مناطق حاشیه‌ای شهر به بهانه احتمال سرقت، حقوق مالکانه اشخاص موضوع مصوبه را سلب کرده و موجب تضییع حقوق مکتسبه آنان شده است، بنابراین مصوبه مذکور خلاف قوانین صدرالذکر است و از حدود اختیارات شورای تأمین خارج است و به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

در زمینه نقش دیوان عدالت اداری در حمایت و صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندان باید گفت که این نهاد در سال‌های اخیر عملکرد مطلوبی در این زمینه داشته و در موارد متعددی با استناد به اصول جدید حقوق عمومی به پاسداری از حقوق و آزادی‌های شهروندان در برابر اقدامات نهادها و مأموران دولتی پرداخته است (فاطمی، ۱۳۹۱: ۷۳-۷۱).

## نتیجه‌گیری

رویه قضایی همواره به جهت‌گیری معمولی و متداول دادگاه‌ها در خصوص موضوعی محدود نبوده، بلکه در مواردی فراتر از متون و قواعد معمولی عمل کرده است. البته جایگاه رویه قضایی در حقوق نوشته و کامن‌لا متفاوت بوده است. این منبع در کامن‌لا جایگاه برجسته دارد و از مستندات آرای صادره محسوب می‌شود. در حقوق عمومی کامن‌لا نیز رویه قضایی جایگاه برجسته داشته و این حقوق عمومی کشورهای حقوق‌نویسته است که شاهد بیشترین برجستگی رویه قضایی در نظام حقوقی‌اند. البته در کشورهای کامن‌لا نیز کارکرد رویه قضایی و مراجع ذی‌صلاح در این زمینه در حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص به‌نحو چشمگیری برجسته است.

رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر با تحولی که در قواعد و فرایندهای آفرینش هنجارهای حقوقی به تبع تحولات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی صورت پذیرفته، در عداد کنشگران اساسی این حوزه درآمده است. این امر به‌ویژه در حقوق اساسی نمود بیشتری یافته است و دادرسان اساسی از اساسی‌ترین نهادهای اثرگذار در سطح نظام حقوقی و تعیین‌کننده در جهت‌گیری آن محسوب می‌شوند. در تکمیل هنجارها نیز که ذیل تأسیس و ایجاد هنجارها قرار می‌گیرد، رویه قضایی در حقوق عمومی به‌ویژه در نظام‌های حقوقی نوشته متقبل کارکرد بیشتری به‌ویژه در راستای کارکرد سوم یعنی حمایت از حقوق و آزادی‌ها شده است.

کارکرد سوم مورد بحث در این مقاله یعنی حمایت و صیانت از حقوق و آزادی‌ها توسط رویه قضایی شاهد بیشترین برجستگی هستیم. نتیجه نهضت‌های حقوق بشری در سطح نظام‌های حقوقی داخلی و نظام بین‌الملل به‌صورت ویژه در عملکرد مراجع قضایی ذی‌صلاح در

حقوق عمومی نمود یافته است. دادرسان اساسی و اداری همانند شورای قانون اساسی و شورای دولتی فرانسه و دیوان عدالت اداری ایران نمونه‌های برجسته این امرند که مشاهده عملکرد آنها در این زمینه مؤید این امر است؛ عملکردی که در راستای حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص در برابر اقتدارات و صلاحیت‌های حاکمیت و دولت به انسانی شدن<sup>۱</sup> حقوق عمومی معاصر منجر شده است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. الهوتی نظری، حمید (۱۳۸۹). *رویکرد انسانی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری*، تهران: دادگستر.
۲. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *لغت‌نامه*، تهران: نشر اشجع- میکائیل.
۳. رنجبریان، امیرحسین (۱۳۹۴). *تقریرات کلاسی درس حقوق بین‌الملل کیفری*، دوره دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران.
۴. ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۸). *حقوق بین‌الملل عمومی*، چ سی‌وهفتم، تهران: گنج دانش.
۵. عباسی، بیژن (۱۳۹۳). *مبانی حقوق عمومی*، چ نخست، تهران: دادگستر.
۶. عمید، حسن (۱۳۸۹). *فرهنگ عمید*، تهران: نشر اشجع- میکائیل.
۷. فاوورو، لویی (۱۳۸۸). *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی از ندریانی، تهران: میزان.
۸. گرجی، علی‌اکبر (۱۳۹۳). *مبانی حقوق عمومی*، چ چهارم، تهران: جنگل - جاودانه.
۹. لوی برول، هانری (۱۳۸۸). *جامعه‌شناسی حقوق*، ترجمه ابوالفضل قاضی، چ ۱۱، تهران: میزان.

#### ب) مقالات

۱۰. آقایی طوق، مسلم (۱۳۸۷). «بررسی تطبیقی نظام عدالت اداری در آفریقای جنوبی و ایران»، *حقوق اساسی*، سال پنجم، ش ۹، ۷۰-۵۷.
۱۱. بایرون، سوفی (۱۳۸۵). «رشد و گسترش صیانت از قانون اساسی در فرانسه»، ترجمه

---

1. Humanization.

- علیرضا اسدیپور تهرانی، حقوق اساسی، سال چهارم، ش ۶ و ۷، ۲۲۲-۱۹۷.
۱۲. جلالی، محمود (۱۳۸۲). «حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴۴، ۵۴-۳۳.
۱۳. رحمتی فر، سمانه (۱۳۹۴). «ظرفیت‌سنجی فرایند ایجاد قاعده حقوقی به‌عنوان مبنای قواعد متکثر حقوقی در دوران جهانی شدن (آیا مبنای قواعد حقوقی عینی شده است؟)»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، ش ۴۶، ۱۹۱-۲۱۱.
۱۴. عبداللهی، محسن؛ حسنخانی، علی (۱۳۹۳). «پاسداری از حقوق فردی: تحلیل رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گینه علیه کنگو»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، ش ۴۵، ۵۲-۳۱.
۱۵. فاورو، لویی (۱۳۸۵). اساسی‌سازی حقوق فرانسه، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال چهارم، ش ۶ و ۷، ۲۸۸-۲۶۷.
۱۶. فرومن، میشل (۱۳۸۳). «حمایت از آزادی و برابری در رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده آمریکا»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، حقوق اساسی، سال دوم، ش ۲، ۲۱۲-۱۸۹.
۱۷. قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۷۹). «دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوقی، ش ۲۵، ۱۴۵-۱۲۹.
۱۸. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر؛ رضایی، مرتضی (۱۳۹۲). «تبلور اصل عدالت اجتماعی در رویه قضایی: نقش دیوان عدالت اداری در پاسداشت حقوق مربوط به تأمین اجتماعی»، فصلنامه رأی، ش ۴، ۳۴-۱۳.
۱۹. گرجی، علی‌اکبر (۱۳۸۸). «تکثر و تنوع هنجاری در حقوق اساسی فرانسه (منابع نظارت بر مصوبات پارلمان)»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۰، ۴۲۰-۳۷۳.
۲۰. هامون، فرانسیس و واینر، سلین (۱۳۸۳). «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، سال دوم، ش ۲، ۱۲۸-۷۹.

## ج) پایان‌نامه‌ها

۲۱. فاطمی، ثریا (۱۳۹۱). جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران.

## ۲. انگلیسی

### A) Book

22. Barnett, Hilaire (2010). *Understanding of Public Law*, Routledge- Canendish Publishing

23. Dimitrakopoulos, Ioannis G., (2007). *Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution*; the case law of the U.S. supreme court, Martinus Nijhoff Publishers.
24. Duxbury, Neil (2008). *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press
25. Elliott, Mark; Thomas, Thomas (2017). *Public Law*, Third Edition, Oxford University Press
26. J. Beredman, David (2010). *Customs as a Source of Law*, Cambridge University Press, New York
27. J. Gerhardt, Michael (2008). *The Power of Precedent*, Oxford University Press, New York.
28. MacCormick, Neil, Summers, Robert S, (1997). *Interpreting precedents : a comparative study*, Dartmouth Publishing.
29. Pizzorusso, Alessandro (1988). *Law in the Making; A Comparative Survey*, Springer- Verlag Publishing
30. Steohans Jr., Otis and Scheb, John M., (2008). *American Constitutional Law*, Vol 2: Civil Rights and Liberties, Thomson Wadsworth.

#### **B) Article**

31. Craig, Paul (2013). "A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence", *European Public Law*, Vol 19, No 3.
32. Garvey Algero, Mary (2005). "The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation", *Louisiana Law Review*, Vol. 65, No. 2, pp: 776-822.
33. Kozel, Randy J., (2013). "Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent", *Texas Law Review*, Vol. 91, pp: 1843-1896
34. Leiter, Brain (2015). "Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature", *Hastings Law Journal*, Vol. 66. No. 297, pp: 1601-1616.

#### **C) Judgment & Report**

35. ECHR, Case of Dragojević v. Croatia, Application no. 68955/11, 15/1/2015.
36. ECHR, Case of yazar and others v. turkey, applications nos .22723/93, 22724/93 and 22725/93, 9.4.2002.
37. ECHR, Cases of A.A. v. France and A.F. v. France application no. 80086/13, application no. 18039/11, 15.01.2015.
38. ECHR, cases of Ali Samatar and Others v. France and Hassan and Others v. France, applications nos. 17110/10 and 17301/10, applications nos. 46695/10 and 54588/10, 04.12.2014.
39. I.C.J. Reports, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgement of 30 November 2010
40. I.C.J. Reports, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power

- Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgement of 5 February 1970
41. I.C.J. Reports, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (United States of America v. Iran), Judgement of 24 May 1980.
  42. I.C.J. Reports, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.
  43. ICTR, trial judgment, prosecutor v. Clément kayshema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-9S-1-T, 21 May 1999.
  44. ILC, First report on jus cogens, 8 March 2016, available at: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/693&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/68/index.shtml&Lang=E>.